

per la storia
del pensiero
giuridico
moderno

47

2018

**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

Stampato da Galli Edizioni S.r.l. - Varese

QUADERNI FIORENTINI

QUADERNI FIORENTINI

PER LA STORIA DEL PENSIERO
GIURIDICO MODERNO

Fondati nel 1972 da PAOLO GROSSI

Redattore: GIOVANNI CAZZETTA

Consiglio di Redazione:

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

Consiglio Scientifico:

CLARA ÁLVAREZ ALONSO (Madrid); PIO
CARONI (Bern); BARTOLOMÉ CLAVERO
(Sevilla); ARNO DAL RI JR. (Santa Catarina);
THOMAS DUVE (Frankfurt am Main);
RAFAEL ESTRADA MICHEL (Ciudad de
México); RICARDO MARCELO FONSECA
(Curitiba); JEAN-LOUIS HALPERIN
(Paris); ANTÓNIO MANUEL HESPANHA
(Lisboa); RICHARD HYLAND (Camden);
LUCIEN JAUME (Paris); MARTA LORENTE
SARIÑENA (Madrid); MICHELE LUMINATI
(Luzern); LAURENT MAYALI (Berkeley);
DAG MICHALSEN (Oslo); JEAN-LOUIS
MESTRE (Aix-en-Provence); CLAES
PETERSON (Stockholm); CARLOS PETIT
(Huelva); HEIKKI PIHLAJAMÄKI (Helsinki);
JOACHIM RÜCKERT (Frankfurt am Main);
MICHAEL STOLLEIS (Frankfurt am Main);
VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI (Buenos Aires);
MICHEL TROPER (Paris); 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
quaderni.fiorentini@centropgm.unifi.it
www.centropgm.unifi.it

QUADERNI FIORENTINI

per la storia del pensiero giuridico moderno

47

(2018)



GIUFFRÈ EDITORE

ISBN 9788814228490

ISSN 0392-1867

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

© Copyright Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A. Milano - 2018

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.

Stampato da Galli Edizioni S.r.l. - Varese

GIOVANNI CAZZETTA

PAGINA INTRODUTTIVA

Un fitto dialogo fra passato e presente come indispensabile strumento di comprensione dell'odierna complessità della dimensione giuridica emerge con forza dai saggi collocati nelle tradizionali sezioni di questo *Quaderno*. Nessun appiattimento del passato sul presente, bensì ricerca di una comprensione meno superficiale del presente attraverso la messa a fuoco della diversità del passato e la storicizzazione di categorie spesso ancor oggi imbalsamate in figure dogmatiche proiettate fuori dal tempo.

L'inevitabile varietà di contenuti che caratterizza questo quarantasettesimo volume miscelaneo può essere letta in modo unitario. Propone — continua a proporre — un progetto enunciato quasi mezzo secolo fa che, pur non rivendicando immutabilità e seguendo a trasformarsi, conserva ancora vivissimi i suoi originari caratteri distintivi. Comprensione critica della dimensione giuridica oltre i chiusi specialismi disciplinari, dialogo fra giuristi, fra storici e giuristi, tensione a cogliere l'unità del diritto e la relativa autonomia del pensiero giuridico continuano a comporre il filo conduttore che tiene assieme tutti i numeri dei *Quaderni* e a nutrire la loro ambizione di porsi come *rivista-progetto*.

Un solo riferimento ai saggi che aprono le diverse sezioni. Il ruolo fondamentale di giuristi-interpreti che, ben calati in una società in continuo mutamento, elaborano e trasformano norme rigide e dogmi emerge più che mai rilevante dai contributi che aprono le sezioni 'la dimensione giuridica' e 'modelli e dimensioni': nella densa riflessione dedicata da Pio Caroni al *codice come messaggio*, la legge generale e astratta è collocata nella vita del dopo-codice, trasformata *nella* società, *dalla* società, lontano dalle fissità e dalle assolutezze del 'modello'; Paolo Grossi insiste sulla interpre-

tazione come *invenzione*, sul ruolo *inventivo della interpretazione* come chiave di volta per tornare a cogliere il diritto nella complessità segnata dell'ingresso nella post-modernità. Ed è proprio muovendo da un'analisi del recente volume sull'*invenzione del diritto* che Gustavo Zagrebelsky s'interroga — in un fitto dialogo con Grossi *alla fine del suo mandato di giudice costituzionale* e in continuazione « di un lungo cammino dialogante » — sui compiti dei giuristi, e specialmente dei giudici, sulla possibilità di affermare appieno oggi un ruolo costruttivo e « inventivo » degli interpreti. Solo apparentemente lontano da un colloquio con il presente è invece il saggio di Giovanni Rossi che apre la sezione 'figure dell'esperienza' interrogandosi sulla possibilità di un incontro tra giustizia penale nel diritto comune e identità di genere.

In questa dimensione di dialogo tra storia e diritto positivo, tra passato e presente, tra personaggi ora vicini ora lontani nel tempo, di colloquio tra saperi e pratiche, riteniamo si possano leggere, pur nell'ovvia specificità e nella provvida diversità di ciascuna voce, tutti i saggi presenti in questo volume.

Ed è in questa dimensione che vogliamo ricordare un grande giurista 'dialogante' che ha segnato il nostro tempo, aprendo il *Quaderno* con le pagine di Paolo Grossi *Per Stefano Rodotà*.

Nel prossimo volume (48/2019) Maurizio Fioravanti traccerà un profilo del costituzionalista e dello storico delle costituzioni Joaquín Varela Suanzes-Carpegna, scomparso il primo di febbraio di quest'anno. Cattedratico di Diritto costituzionale nell'Università di Oviedo, studioso di storia costituzionale spagnola ed europea, Joaquín era legato al Centro di Studi e al Consiglio scientifico della nostra rivista da una profonda sintonia culturale, dalla sua curiosità intellettuale e costante attenzione a comprendere il diritto grazie a un dialogo continuo con la storia e con gli storici. Alla nostra *Biblioteca* « per la storia del pensiero giuridico moderno » aveva affidato nel 2007 il suo libro *Governo e partiti nel pensiero britannico*, ai *Quaderni* densi contributi, l'ultimo nel volume monografico dello scorso anno dedicato a *Giuristi e Stato sociale*. Siamo certi che « il cammino dialogante » non si è interrotto: continuerà a lungo con la sua opera scientifica.

PAOLO GROSSI

PER STEFANO RODOTÀ

Stefano Rodotà è stato un singolare protagonista del nostro tempo; singolare perché, formatosi in una Facoltà di Giurisprudenza e, poi, all'interno della agguerrita scuola civilistica romana avendo come mentori Emilio Betti (con cui si laurea) e Rosario Nicolò (cui si accosta come valido patrono accademico), maneggia in modo provetto le tecniche giuridiche senza restarne irretito; anzi, guardando con occhio aguzzo quel mondo socio-economico e culturale che preme dal di fuori e che le tecniche spesso sanno esprimere a un lettore provveduto, imprime un carattere storicistico alle sue liberanti ricerche sui soffocamenti codicistici moderni o, scrollandosi di dosso vecchi luoghi comuni, su temi relevantissimi quali la proprietà privata, il contratto, la responsabilità civile.

Da campione di un deciso rinnovamento nel campo delle metodologie giuridiche (rinnovamento che arrivò ad isolarlo in mezzo a chi continuava imperterrito a biasciare litanie dogmatiche senza tempo), assume lentamente e pianamente, in grazia di un suo naturale carisma, la figura di osservatore impietoso del proprio tempo, cercando sempre di stimolare con la sua voce ferma e spesso demitizzante la dimensione critica non solo dell'intellettuale (lettore o ascoltatore che fosse), ma addirittura del *quisquis de populo*. E si trasformò in pubblicitista, in conferenziere, in gerente di delicati meccanismi istituzionali. Dove, forse, non riuscì pienamente fu quando non disdegnò di immergersi nelle spire della politica spicciola e si trovò di fronte a miopie e sordità e, soprattutto, a quel culto del *particulare*, che ha tante volte impedito ai partiti di realizzare il bene comune della collettività italiana.

Sempre, però, volle essere fedele alla sua originaria professionalità di giurista, che, nell'esercizio di un magistero universitario

fortemente incisivo e persuasivo, aveva — via via — contribuito a formare una robusta comunità di allievi. Dal momento che io ho sensatamente ritenuto di limitarmi a fare il giurista senza la velleità di librarmi in cieli alti inadatti alle mie ali, questa presenza costante di Stefano nella riflessione giuridica italiana è stata anche la condizione per la persistenza di una nostra familiarità, dando maggior fiato a una ininterrotta fraterna amicizia. La quale germinò in tempi lontani, nel 1962, nella piccola Università di Macerata, dove ci incontrammo per la prima volta, constatammo schiette sintonie culturali e avviammo un itinerario che ci ha visti sodali, sempre l'uno accanto all'altro, l'uno pronto a corrispondere alle richieste dell'altro. Eravamo ispirati a ideologie diverse, ma ci ha uniti una vivace e prevalente dimensione culturale. Da parte mia — lo confesso — avvertivo la sua superiorità, ammirando non soltanto la finezza dell'intelligenza e la inesausta curiosità intellettuale, ma anche quella vigoria etica che gli dava il coraggio di urlare contro il potere le ragioni dello Stato sociale di diritto pensato e disegnato dalla saggezza dei nostri Padri Costituenti a garanzia dei cittadini più deboli.

In nome di questa fraterna amicizia Stefano ha collaborato con aperta disponibilità a molte iniziative del nostro fiorentino 'Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno' e a questi nostri « Quaderni Fiorentini ». Io, che ho sempre avuto in uggia le troppe onoranze tributate, ad ogni piè sospinto, a mediocri compilatori affatto immeritevoli, ho ritenuto un privilegio di partecipare agli studi in suo onore organizzati dall'affetto e dalla devozione dei discepoli in occasione del suo settantesimo e, poi, dell'ottantesimo compleanno. Nella prima mi ero concesso ad antichi e per me consolanti ricordi ⁽¹⁾, nella seconda avevo ripercorso l'itinerario della meditazione sulla proprietà, che appariva ai miei occhi come lo

⁽¹⁾ *Cronaca di un lontano incontro maceratese*, in *Il diritto privato nella società moderna — Seminario in onore di Stefano Rodotà*, a cura di G. Alpa e V. Roppo, Napoli, Jovene, 2005 (ora anche in: P. GROSSI, *Nobiltà del diritto — Profili di giuristi II*, Milano, Giuffrè, 2014).

specchio più fedele della sua statura di giurista sensibile e vigilante (2).

Un mese prima della sua scomparsa, nella primavera del 2017, andai a visitarlo nella sua bella casa al centro di Roma. Il suo volto scavato era, come sempre, espressivo di una forte personalità, ma recava impressi i segni di una stanchezza mortale. Parlò appassionatamente della organizzazione del festival del diritto previsto a Piacenza per il mese di settembre, testimoniandomi anche alla fine della sua vicenda una visione della vita intesa come un esercizio di responsabilità. Oggi, ricordandolo ai lettori dei «Quaderni fiorentini», voglio ripensarlo così, perché è così che il personaggio grandeggia.

(2) *Rileggendo le "Note critiche in tema di proprietà"*, in *La vocazione civile del giurista — Saggi dedicati a Stefano Rodotà*, a cura di G. Alpa e V. Roppo, Roma-Bari, Laterza, 2013 (ora anche in: GROSSI, *Nobiltà del diritto — Profili di giuristi II*, cit.).

Modelli e dimensioni

PAOLO GROSSI

DELLA INTERPRETAZIONE COME *INVENZIONE*
(LA RISCOPERTA POS-MODERNA DEL RUOLO *INVENTIVO*
DELLA INTERPRETAZIONE) (*)

1. L'interpretazione della legge entro il riduzionismo giuridico moderno. — 2. Sulla riscoperta novecentesca della fattualità del diritto. — 3. L'evento 'Costituzione' nell'itinerario giuridico novecentesco. — 4. La 'Costituzione' novecentesca: un evento 'rivoluzionario'. — 5. Una conclusione: Stato e leggi non esauriscono la giuridicità della Repubblica.

1. *L'interpretazione della legge entro il riduzionismo giuridico moderno.*

L'interpretazione della legge, che è un pilastro nodale per ogni ordinamento a base legislativa, può essere meglio colta nella sua reale dimensione odierna se osservata e valutata in un confronto diacronico, utilissimo per accentuare la sua singolare caratterizzazione nell'oggi. Posto che noi siamo collocati in un tempo giuridico correttamente qualificabile come *pos-moderno* ⁽¹⁾, si impone il premettere quale prezioso dato comparativo la configurazione che l'interpretazione della legge ha avuto in quel tempo giuridico *moderno* che si assesta e si definisce nel momento giacobino della rivoluzione francese, incombendo poi nello svolgersi ottocentesco di dottrina e di prassi.

Il che è abbastanza facile essendo indiscutibilmente netto il disegno delineato in un siffatto contesto storico; nel quale assistiamo

(*) Lezione tenuta il 23 ottobre 2017 presso la Scuola Superiore della Magistratura, nell'ambito del corso « L'interpretazione nel diritto del lavoro ».

(¹) Rimando alle precisazioni offerte in altre mie pagine: *Novecento giuridico — Un secolo pos-moderno*, ora in *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, Laterza, 2012.

al congiungersi stretto fra un acceso liberalismo economico e un altrettanto acceso assolutismo giuridico. Lo Stato liberale (che siamo soliti chiamare con parecchia approssimazione ‘Stato di diritto’), consapevole dell’enorme capacità coesiva che ha il diritto per la saldezza del potere politico e consapevole che quel potere — ormai nelle mani del ceto borghese — ha da restar saldo per tutelare gli enormi interessi economici del ceto, si impegna — assolutisticamente — nella attuazione di un rigido monismo giuridico. Lo Stato assume la veste dell’unico produttore di diritto, rendendo la legge — espressione di una volontà politica suprema — l’unica fonte di produzione; sì unica, giacché ogni altra manifestazione giuridica è posta nei gradini inferiori di una rigidissima gerarchia.

Usiamo, di proposito, l’aggettivo ‘rigido’ per sottolineare il letto di costrizione entro il quale il diritto è forzosamente immesso. Si pensi allo strumento, che la rivoluzione vuole e che Napoleone realizza, progettato per racchiudere una intera branca giuridica entro un serrato sistema di dettagliate previsioni: il Codice, che dalla germinale Francia si estende a tutta l’Europa continentale occidentale. È una fonte novissima ⁽²⁾, che non ha precedenti malgrado quel nome — Codice — usato parecchie volte nei quasi duemila anni precedenti con significati però assai diversi; novissima, se non altro, per la presunzione che le è sottesa di disciplinare dettagliatamente un ampio territorio del diritto con la pretesa alla esclusività e con la proiezione verso un futuro senza fine. Tanto è vero che, in Francia, per il primo Codice, il napoleonico *Code Civil*, si ha soltanto in questi anni, dopo più di due secoli di vita, una novazione profonda (che non ci può che lasciare, ohimè, perplessi).

Statalismo e legalismo si affannano a rintuzzare il più possibile il rango della interpretazione e dell’interprete. Ne abbiamo un esempio in Italia in quelle ‘Preleggi’ al Codice del 1942, che, mutate e trasfigurate in molte parti, rimangono ancora conservate in una positività formale (e stonata con l’attuale approccio giuridico post-costituzionale) per quanto attiene proprio alla « interpretazione della legge »; dove si afferma, in modo lampante nell’articolo 12, che

⁽²⁾ Mi basta rinviare a quanto ne scrissi una decina di anni fa: *Code civil — Una fonte novissima per la nuova civiltà giuridica*, in *Il bicentenario del Codice napoleonico* — Atti dei Convegni Lincei, 221, Roma, Bardi, 2006.

« non si può ad essa [legge] attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole... e dalla intenzione del legislatore », lasciando all'applicatore il solo ricorso alla interpretazione estensiva ed analogica e ai 'principii generali dell'ordinamento giuridico dello Stato' e mantenendo così il principio salvante (salvante per una visione assolutistica) della statualità del diritto.

Qui all'interprete spetta una più confacente qualificazione, quella di esegeta, intendendo con la parola 'esegesi' (proveniente — guarda caso! — dalla scritturistica sacra) nulla più che la spiegazione passiva di un testo. Per questo, i caratteri tipizzanti della legge sono generalità chiarezza certezza, cui deve attenersi il legislatore per rendere effettiva la auspicata passività dell'esegeta. Con un risultato disarmante: primato del testo sui fatti di vita ma anche separazione del testo dai fatti di vita. E il legalismo si trasforma necessariamente in formalismo. E l'astrattezza diventa apprezzatissimo carattere della norma. E, via via, si insinua, in tal modo, il mito della purezza del diritto (ridotto a forma disincarnata), nonché della scienza giuridica; in particolare, per quel che maggiormente interessa ai fini della presente lezione, della purezza del diritto civile, un diritto sublimato a *ratio scripta* facendogli assumere la qualità inestimabile (per i legalisti, s'intende) della meta-temporalità.

2. *Sulla riscoperta novecentesca della fattualità del diritto.*

E i fatti — naturali, sociali, economici — nei quali è immersa l'esistenza quotidiana degli uomini e con i quali essi sono chiamati a fare i conti? La risposta è pronta: ai fatti deve pensare soltanto il legislatore. Nella visione *moderna* i due territori del diritto e dei fatti appaiono separati da una sorta di impenetrabile muraglia, a cavalcioni della quale è da collocare idealmente il legislatore, il solo chiamato ad attingere alla fattualità e a trasformarla quando voglia in una dimensione anche giuridica.

È stata, per la scienza civilistica italiana, una impronta — questa della purezza — che è durata a lungo, tanto che, ancora negli anni Cinquanta, uno dei nostri maggiori maestri, Francesco Santoro Passarelli, si riteneva legittimato a redigere un testo di iniziazione

didattica intitolandolo ‘Dottrine generali del diritto civile’⁽³⁾, testo esemplare per nitore di scrittura e di concetti, ma percorso dalla volontà di ridurre il diritto civile a un prodotto depuratissimo da scorie, a una *ratio scripta* come si diceva più sopra.

È evidente che il culto della astrattezza e il mito della purezza rientravano in una occhiuta strategia; servivano cioè a mascherare la finalità preminente della civiltà borghese: la assoluta tutela dell’ambiente e delle sue ricchezze, cui si univa la sfrontata indifferenza per lo squallore e le miserie delle masse. Ma c’è di peggio: la conquistata uguaglianza giuridica, rendendo formalmente aperto a tutti l’accesso alla proprietà fondiaria (e, quindi, alla ricchezza), veniva a identificare il mancato arricchimento quale frutto di pigrizia o di incapacità. Ed è in Italia soltanto con la Costituzione repubblicana, e, in particolare, con la complessità dell’articolo 3, che si ha la giusta affermazione della uguaglianza giuridica di tutti i cittadini ma altresì l’impegno per lo Stato democratico a eliminare gli impedimenti fattuali a un effettivo benessere di tutti, anche degli ultimi.

Una precisazione forse non disutile. Il ‘corso’ in cui si inserisce la nostra lezione ha come terreno d’elezione il ‘diritto del lavoro’, e vale la pena di ricordare — e serve anche da ammonimento — i motivi per cui questa così rilevante branca giuridica abbia tanto tardato ad assumere una propria autonomia. Per tutto l’Ottocento, secolo schiettamente *moderno*, tutto si risolveva infatti in una schematizzazione risalente — *mirabile illud* ! — al diritto romano classico e durata intatta sino alla fine del secolo XIX: il rapporto di lavoro subordinato altro non era che locazione d’opere, *species* del genere contrattuale ‘locazione’; una *species* locativa la cui struttura tecnicamente non si differenziava dalla locazione di cose, e il lavoro, al pari della *res* concessa in godimento non gratuito, si riduceva a una *energia*, l’unica *cosa* che il lavoratore possedesse e che egli offriva ugualmente in un godimento non gratuito. Entro la compatta unitarietà del diritto civile alla cosa/lavoro era impossibile assurgere a quella dimensione etico-sociale strettamente connessa alla dignità del soggetto lavoratore alla quale siamo oggi fortunatamente avvezzi

(3) È, infatti, questo il titolo con cui l’Autore qualifica la quarta edizione del 1954 (e, poi, le successive) delle sue ‘Istituzioni di diritto civile’ pubblicate, presso l’editore Jovene di Napoli, in prima edizione nel 1944.

e sulla quale si è formata, tardi e lentamente, l'autonomia di un 'diritto del lavoro'. Finché questo restava nelle spire del civilistico contratto di locazione un siffatto risultato si poneva improponibile; il lavoro restava *cosa* tra le *cose*.

Il fermento — per così dire — affrancatorio prese vita a fine Ottocento grazie alla giurisprudenza delle corti probivirali e di alcuni coraggiosi pretori, alla animosità della prassi ormai articolata in formazioni collettive e alla attenta osservazione e valorizzazione che di questa prassi fecero alcuni intraprendenti uomini di scienza (penso, fra i non molti, al giovane Carnelutti e a certi suoi lungimiranti interventi sul problema degli infortunii sul lavoro ⁽⁴⁾). Certamente fu un'origine estra-legislativa, testimoniata dal naufragio del progetto di legge Cocco Ortu/Baccelli (anno 1902) mirante a una visione (e a una disciplina) nuova del lavoro ⁽⁵⁾.

La società, nel suo complesso di valori interessi fatti, lentamente si avvia a prevalere; e sarà questo il segno e l'insegna di un secolo parecchio nuovo per il diritto e i giuristi, il Novecento, un tempo già pos-moderno quando il diritto si connota sempre più di una accesa fattualità ⁽⁶⁾.

3. *L'evento 'Costituzione' nell'itinerario giuridico novecentesco.*

Ma il veramente nuovo, il profondamente nuovo che imprimerà un senso all'itinerario giuridico (e non solo) dell'intero secolo è senza dubbio la 'Costituzione'; precisando subito che il vocabolo non è qui inteso nel suo significato lato e generico, bensì nella accezione specifica incarnatasi nelle Costituzioni novecentesche, frutto ed espressione di un clima autenticamente democratico nel solco del cammino inaugurato a Weimar nel 1919.

Queste Costituzioni hanno poco a spartire con le stesse giusnaturalistiche 'carte dei diritti', manifestazioni del costituzionalismo

⁽⁴⁾ Ci riferiamo a: F. CARNELUTTI, *Infortuni sul lavoro (Studi)*, Roma, Athenaeum, 1913.

⁽⁵⁾ Su questo contesto assai fertile di novità basti il rinvio a: P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana — Un profilo storico 1860-1950*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 97 e ss.

⁽⁶⁾ Cfr. P. GROSSI, *Sulla odierna fattualità del diritto*, ora in *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2015.

sette/ottocentesco e concretàntisi in nobilissime proposizioni di indole filosofico-politica (7). Le nuove ‘carte’, la nostra del 1948 per esempio, ben altro vogliono essere. Come ho detto già molte volte, non si può non vedere in esse il breviario giuridico offerto al cittadino italiano nelle vicende della sua esistenza quotidiana. Si badi: a ogni cittadino italiano, qualunque sia la sua condizione economica e sociale: all’abbiente come al nullatenente, precisazione che serve per far capire più efficacemente che siamo in un pianeta giuridico distantissimo da quell’elitarismo (su basi economiche) che ha dominato la civiltà borghese.

Insomma, con le nuove Costituzioni novecentesche siamo di fronte a un messaggio schiettamente *pluralistico*, sia dal punto di vista sociale che da quello giuridico. Ecco perché, in una mia lezione maceratese di qualche anno fa, volli qualificare la nostra ‘carta’ quale espressione di un tempo giuridico pos-moderno (8). Per la prima volta, nella storia del diritto in Italia, il complesso costituzionale veniva pensato e risolto non solo sul piano filosofico o politico, ma altresì (e primariamente) su quello giuridico: radici valoriali da cui prendevano vita principii e diritti fondamentali dal carattere intrinsecamente giuridico.

Ho scritto ‘primariamente’ non perché mi sentivo — da giurista — impegnato in una modellazione apologetica, ma semplicemente perché mi riferivo a come seppero operare i nostri Padri Costituenti dietro l’orientamento teorico fornito loro da Giorgio La Pira, relatore nella prima sotto-commissione in seno ai Settantacinque: anteriorità e primato della persona umana rispetto allo Stato e, quindi, a qualsiasi coagulazione politica (9).

E qui permettétemi che vi esprima un sincero rincrescimento, concernente la pigrizia culturale dei giuristi e soprattutto dei civilisti di fronte all’evento/Costituzione, che è davvero un macro-evento. La Costituzione apparve, infatti, a molti (non a tutti, per fortuna)

(7) Per questo, qualificabili correttamente come espressioni di un costituzionalismo senza Costituzione.

(8) *La Costituzione italiana quale espressione di un tempo giuridico pos-moderno* (2013), ora in *L’invenzione del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2017.

(9) Si vedano le precisazioni offerte nella mia ‘lezione’ citata nella nota precedente (pp. 39-59).

quasi un ingombro nel paesaggio giuridico tradizionale al pianeta di *civil law*, paesaggio assolutamente nitido nella sua semplicità.

Se non vi fu un rigetto, vi fu piuttosto una rimozione. Relegando quell'evento all'interno di uno scenario prettamente politico e tutt'al più sociale, si rifiutava la sua valenza di formidabile strumento giuridico nelle mani dei cittadini e soprattutto dei giudici; ci si sentiva ancora portatori del vecchio verbo monistico, ci si sentiva esegeti, orgogliosi di essere servi della legge come insegnavano i luoghi comuni della retorica post-illuministica e pos-giacobina. E la ripetevano anche grossi personaggi — grossi culturalmente — questa pseudo-verità.

Penso al mio vecchio maestro di procedura civile nell'Ateneo fiorentino, Piero Calamandrei, che, quasi al termine del suo lungo cammino legalistico ⁽¹⁰⁾, recensendo nel 1942 il volume sulla certezza del diritto del filosofo Flavio Lopez de Oñate, usciva in una affermazione che è sempre stata per me bruciante e sempre l'ho respinta: « i giuristi non possono permettersi il lusso della fantasia » ⁽¹¹⁾, sottintendendo che a questi personaggi conveniva unicamente l'argomentazione logico-deduttiva, sillogistica, che dal tempo degli illuministi si assegna quale canone imperativo per la interpretazione (*rectius*: per la esegesi) di giuristi teorici e pratici.

⁽¹⁰⁾ L'ultimo Calamandrei, ossia il personaggio (esemplare per probità intellettuale) che riflette, dopo il 1943, sulle primeggianti ideologie cattolica e marxista, è anche un personaggio che tende a rivedere l'immacolato legalismo cui si era prima ispirato. Ho ripercorso i suoi dubbii e ripensamenti in un mio contributo biografico: *Lungo l'itinerario di Piero Calamandrei* (2009), ora in: *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi*, tomo II, Milano, Giuffrè, 2014, nonché in P. GROSSI, E. CHELI, G. ALPA, *Piero Calamandrei — Garanzie e limiti del potere giudiziario. Relazioni e interventi alla Assemblea Costituente*, Genova, Marietti, 2016.

⁽¹¹⁾ P. CALAMANDREI, *La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina* (1942), ora in appendice al volume di Flavio LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto* (edizione a cura di G. Astuti, Milano, Giuffrè, 1968, p. 176). In proposito ho polemizzato espressamente nella mia adesiva recensione al felice volumetto di Vincenzo PANUCCIO, *La fantasia nel diritto*, Milano, Giuffrè, 1984, recensione che, con lo stesso titolo del volumetto panucciano, io pubblicai sui « Quaderni Fiorentini », 15 (1986) (vedila ora in *Paolo Grossi*, a cura di Guido Alpa, Roma-Bari, Laterza, 2011, p. 41 e ss.).

4. *La 'Costituzione' novecentesca: un evento 'rivoluzionario'.*

Un ingombro, ho detto poco fa. Certo, un evento scomodo per giuristi pigramente e comodamente adagiati all'ombra della legge e di quei maestosi e ramificatissimi Codici. Però, un evento dal carattere spiccatamente rivoluzionario. E se ci si meravigliasse di un aggettivo così impegnativo e lo si ritenesse stonato, mi sentirei di ripeterlo e di insistervi sopra, chiarèndone subito il contenuto che intendo assegnargli. Sì, rivoluzionario, perché i Padri Costituenti si dettero da fare non redigendo un testo che fosse la *creazione* della loro libera volontà e, magari, del loro amplissimo potere, ma ricercando e reperendo, indi *leggendo* e *trascrivendo* in un testo destinato a consolidare il risultato di questa *lettura*. Se volete: *inventando*, termine che, usato nel significato dell'*invenire* latino (cercare e reperire), denuncia un'attività senz'altro attiva e impegnativa, senz'altro costruttiva, ma che non ha nulla di *creativo* ⁽¹²⁾.

Lessero, infatti, in quel sostrato valoriale che, per la prima volta, la società italiana — dopo avere scosso dalle sue spalle le tragedie di una dittatura e di una guerra rovinosa, rimossi i condizionamenti elitari di carattere censitario proprii del vecchio assetto borghese — era ormai capace di esprimere liberamente. Il complesso dei valori, tra le mani sapienti dei *Patres*, si trasformò in *principii* e prese la forma di centotrentanove articoli.

Principii che, per essere fondati su valori, non avrebbero mai potuto appartenere a una dimensione meramente episodica, risultando naturalmente duraturi e proiettati nella vita lunga del popolo italiano; sicuramente, però, non immobili bensì non alieni alla capacità di ascolto del divenire di quel corpo vivo che è una comunità storica, traèndone una tensione necessariamente dinamica. E qui mi permetto di ricordare l'esempio che porgevo agli studenti nel tempo felice delle mie amate lezioni nella Facoltà giuridica fiorentina per far loro comprendere il perenne contrappunto tra durezza e mobilità che contrassegna la vita dei valori: questi — io dicevo — assomigliano ai

(12) Ho ritenuto precisare questa peculiare visione in parecchi recentissimi contributi, tra i quali segnalo almeno i seguenti: *L'invenzione dell'ordine costituzionale: a proposito del ruolo della Corte*; *L'invenzione della Costituzione: l'esperienza italiana*; *L'invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici*, tutti ora in: *L'invenzione del diritto*, cit.

ghiacciai della natura fisica, apparentemente immobili ma effettivamente dotati invece di un movimento lentissimo quanto mai incisivo nel suo impercettibile incedere. Così è per la vita dei valori (e dei conseguenti principii), che non consiste in una imbalsamazione statica ma in un dinamismo tanto lento quanto intenso.

Il testo della nostra Carta si radica, infatti, in una ampia dimensione costituzionale in tanta parte inespressa ma vitale, dimensione percorsa da una precisa forza dinamica. La *invenzione* messa in opera dai *Patres* continua perennemente ben oltre il biennio del loro lavoro costituente e permette di seguire questo incessante espandersi e anche modificarsi che avviene al livello profondo delle radici. È quello che taluni acuti costituzionalisti chiamano la forza espansiva dei principii, che si traduce nella consequenziale espansione dei diritti fondamentali della persona. È, puntualmente, la forza espansiva che va riconosciuta agli stessi primi articoli della ‘carta’ e soprattutto all’articolo 2.

È, inoltre, pienamente comprensibile che nel programma dei Costituenti si inserisca armonicamente la significativa presenza di una Corte costituzionale; che è organo di garanzia in quanto continuatrice dell’opera *inventiva* dei Padri, una continua *invenzione* che è riuscita a dotare i cittadini — nei sessanta anni della sua operosità — di un accresciuto numero di situazioni giuridiche protette.

La Costituzione, insomma, come *interpretazione*; anzi, come criterio per ogni interpretazione in grazia della sua capacità *inventiva*. Il che può dirsi ugualmente del carattere *inventivo* della Corte Costituzionale.

5. *Una conclusione: Stato e leggi non esauriscono la giuridicità della Repubblica.*

Credo che, a questo punto, il nostro discorso possa dilatarsi.

È chiaro che — contrariamente a quanto si affermava dal legalismo monista della modernità, artificioso nei suoi costrutti a fondazione mitologica ⁽¹³⁾ — il diritto non è *creatura* della volontà del legislatore, né si identifica in un complesso di leggi. Il diritto è,

⁽¹³⁾ Per maggiori chiarimenti su queste fondazioni *mitologiche* della modernità non possiamo che rimandare a: P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano,

piuttosto, realtà che si colloca nelle radici profonde e profondamente *identitarie* di una comunità storica, è realtà da ricercare, reperire, *inventare*.

Ed è chiaro che Stato e leggi non esauriscono la giuridicità della Repubblica.

La Costituzione, con il suo proporsi un pluralismo sociale e un corrispondente pluralismo giuridico, con il suo proporsi essa stessa quale *interpretazione/invenzione*, esige una visione pluralistica delle cosiddette fonti, con la precisazione necessaria che queste sono tutte accomunate da un riscoperto carattere *inventivo*. Legislatore, giurisprudenza, scienza, prassi sono tutti coinvolti in un'opera di costruzione, una costruzione che non dovrà mai smentire quel carattere.

Chiuderei con una raccomandazione rivolta a tutti i giuristi immersi nella positività dell'oggi, siano essi teorici o pratici: apriamo le finestre dei nostri studi e guardiamo attentamente quel che succede fuori. Non possiamo che cogliervi un movimento e un mutamento intensi e rapidissimi propri di un'età di transizione, appunto il tempo pos-moderno, che si distanzia sempre più dall'assetto ben sigillato della modernità, senza che si sia tuttora consolidato in un paesaggio giuridico dalle architetture stabili.

Se il nostro sguardo è attento, cogliamo aspetti che possono turbarci ma che sono — lo si voglia o non — scritti nelle cose: il distacco sempre più palese fra apparato normativo e società civile, a cominciare da quei nostri Codici risalenti agli anni Trenta e Quaranta del secolo scorso, pur ammirevoli per le intelaiature concettuali fornite da una provveduta riflessione scientifica; spesso l'assenza del legislatore incapace di tener dietro a una dinamica velocissima, spesso anche la sua impotenza ad adeguare norme vecchie e superate; spesso la sua posizione abdicativa consistente nel rinunciare a una disciplina dettagliata, limitandosi a disegnare leggi/cornice o una legislazione per principi (di cui è esempio illustre il cosiddetto 'Codice del processo amministrativo' del 2010, che

Giuffrè, 2007³ e soprattutto al secondo dei saggi ivi contenuti e intitolato: *Oltre le mitologie giuridiche della modernità*.

usurpa come tanti ‘Codici’ odierni una qualifica dai connotati storico-giuridici tanto precisi e tanto diversi) ⁽¹⁴⁾.

Da tutto ciò discende un risultato facilmente osservabile, impresso com’è nelle trame dell’odierno paesaggio giuridico: l’asse dell’ordinamento si sposta; la legge, le leggi appaiono sempre più appartate, mentre acquista centralità l’interpretazione in tutte le sue molteplici manifestazioni. Ma deve esser chiaro (e si trae — spero — agevolmente da tutto quanto abbiám detto) che l’interpretazione non è mai legata alla sola volontà dell’interprete, anche se fosse costui il titolare di un potere supremo. Interpretare è sempre un fare i conti con qualcosa che esorbita la soggettività solitaria e si còlloca in rapporto con una realtà esterna al soggetto interprete; è, infatti, sempre ricerca e reperimento — *invenzione* — magari sorretta da forti intuizioni e può spesso concretarsi anche in sviluppo e costruzione.

È un ruolo che fino a ieri sembrava consegnato unicamente nel grembo di un legislatore arroccato nel suo Olimpo e avvolto da un robusto vestimento mitologico; ruolo che oggi spetta anche ad altre fonti, fonti plurime ed esorbitanti dalla rigidezza della passata inchiodante tipicità. Dottrina, giurisprudenza pratica, notai, avvocati sono tutti chiamati a essere protagonisti di questa *invenzione*.

Se si incarna — come avviene — in una tradizione attingendo alle radici di una civiltà storica, sempre ha, tuttavia, una sua proiezione verso il futuro, sempre è presagio di futuro e contributo alla sua definizione. Svincolata dai secchi comandi che piovono dai detentori del potere, rivolge il suo sguardo con umiltà verso il basso dove corre continuo il cammino della storia, quella storia che non ha per protagonisti sovrani, guerre, sconfitte e vittorie, trattati internazionali (eventi sonori ma troppo spesso sovrastrutturali), bensì la commedia/tragedia dell’uomo comune e delle collettività, che si consuma ogni giorno dall’alba al tramonto e che è il forte ma invisibile tessuto della normale vicenda umana.

⁽¹⁴⁾ In proposito abbiamo diffusamente discusso in: *Sulla odierna incertezza del diritto*, ora in *Ritorno al diritto*, cit., p. 51 e ss.

CARLOS PETIT

REPÚBLICA POR ACCIONES.
METÁFORAS MERCANTILES Y PRÁCTICAS POLÍTICAS
(SIGLOS XVI-XX)

«Un reino es comparable a una compañía de accionistas, sujeta a las estrechas reglas del comercio», pudo escribirse en España a finales del siglo XVIII, «que no hay razón para repartir a cada uno menos de lo que se gana, ni más de lo que se pierde, a proporción de sus acciones que tenga en la masa común; ni en los directores hay autoridad para hacer gastos superfluos, ni menos para escasear los necesarios al bien de la compañía, tanto para mantener su existencia como para aumentar su prosperidad; y esta comparación me mueve a pensar que la pura industria no debe estar sujeta a contribución es decir, que aquellos beneficios que industrialmente cada uno da a sus acciones o bienes raíces, no se deben sobrecargar, al modo que una acción de banco no se sobrecarga con los beneficios que el dueño le da por fuera, sino según su valor primitivo en la caja del banco».

Las *Cartas económico-políticas al conde de Lerena* del oscuro reformista español León de Arroyal (1755-1813), autor de las frases anteriores ⁽¹⁾, utilizaban un llamativo tropo para representar *in toto* la sociedad política. Más allá de sus propuestas fiscales y su clara

⁽¹⁾ *Cartas económico-políticas al conde de Lerena (con la segunda parte inédita)*, ed. de José Caso González, Oviedo, Universidad, 1971, carta V, pp. 128-129. Cf. François LOPEZ, *León de Arroyal, auteur des Cartas económico-políticas al Conde de Lerena*, en «Bulletin Hispanique», 69 (1967), pp. 26-55; con anterioridad estos textos se habían atribuido a relevantes ilustrados (Campomanes, Cabarrús).

orientación fisiocrática ⁽²⁾, la figuración del reino a la manera de una compañía mercantil contenía una poderosa metáfora preñada de consecuencias. La principal tenía que ver con la función constitucional del monarca en esta peculiar *res publica* por acciones: de esposo y señor de sus dominios — por evocar otra difundida metáfora, de larga y fructífera historia ⁽³⁾ — a la condición de administrador, se habría recorrido, nada menos, la distancia que separa el omnímodo poder de un *paterfamilias* de la diligencia exigida a un gestor de intereses ajenos.

«L'auteur des lettres à Lerena pense à une révolution plus qu'à des reformes», ha escrito un estudioso de estos textos ⁽⁴⁾. Y con razón: a juzgar por las implicaciones del símil destacado, la conversión del soberano en administrador de la compañía nacional desencadena una catarata de límites constitucionales — exclusión de los gastos superfluos, dedicación a las inversiones más útiles, reparto según las acciones de los cargos y las cargas, por no exceder las palabras de Arroyal — que rompían viejas estructuras y saltaban sobre los antiguos estamentos: cuando se escribían las *Cartas...* el monarca era calificado como «Primer Socio de la nación» (Ignacio L. Aguirre), como su «socio principal» (Francisco Cabarrús), en fin, y oficialmente, como «supremo Administrador del Estado» ⁽⁵⁾.

⁽²⁾ El texto, encaminado a justificar nuevas reglas prácticas de tributación, continúa así: «para graduar nuestro fondo en esta compañía se deben tasar los bienes que poseemos, cómo valdrían cultivados, como ordinariamente los cultivan los buenos cultivadores de nuestras provincias, y no mas ni menos, para que no nos favorezca nuestro descuido ni nos dañe nuestro particular cuidado... Siendo los bienes raíces los únicos que se deben cargar, como que ellos solos se reputan por capital de la compañía del estado, habrá una hipoteca segura de donde cobrar los réditos». Sobre todo ello Pablo Fernández ALBALADEJO, *León de Arroyal: del Sistema de Rentas a la Buena Constitución*, en *Haciendas forales y Hacienda real. Homenaje a D. Miguel Artola y D. Felipe Ruiz Martín*, Bilbao, Universidad del País Vasco, 1990, pp. 95-111.

⁽³⁾ Robert DESCIMON, *Les fonctions de la métaphore du mariage politique du roi et de la république. France, XVe-XVIIIe siècles*, en «Annales ESC», 47 (1992), pp. 1127-1147.

⁽⁴⁾ LOPEZ, *León de Arroyal*, cit., p. 51.

⁽⁵⁾ «Respecto de que este empréstito, y los que se han hecho hasta aquí no han tenido otro fin que la defensa de la Nación», leemos en una Real Cédula de 14 de enero, 1783, «desde luego, como supremo Administrador del Estado, por mí, y á nombre de mis sucesores, obligo todas las rentas del mismo Estado, tanto las que ahora son como

Con independencia de su vocación revolucionaria, el pasaje documenta una presencia de las instituciones mercantiles en el lenguaje de la política que tenía a esas alturas amplia tradición (6). Uno de los primeros testimonios encuentro en Mario Salamone (Salamonius) degli Alberteschi (1450-1534), autor del diálogo *De Principatu* (1511-1513, publicado en 1544); un texto sobradamente conocido por los estudiosos del pensamiento republicano (7). Salamonio había vivido las experiencias del gobierno aristocrático-popular en Florencia tras caer Piero de Medicis y la posterior invasión francesa, así que las circunstancias históricas resultaban favorables para lanzar una reflexión sobre los límites del poder a

las que en adelante fueren, al puntual cumplimiento de lo que se estipule, sin que en ningún tiempo se pueda adoptar la opinión de ser menores los Reyes, y de no tener mas fuerza los empeños que toman que por el tiempo de su Reinado, pues al paso que semejantes errores perjudican al crédito del Estado, que siendo permanente debe ser sujeto perenemente á las obligaciones que contrahe en su nombre la autoridad legislativa que le representa, son indecorosos á la Magestad, y á la potestad soberana que continuamente exercita de alzar las prohibiciones, de gravar todo género de bienes, aun de los particulares sujetos á restitucion, y mucho mas en causa pública». Para la calificación del rey como 'primer socio' *vid.* Ignacio Luis DE AGUIRRE, *Utilidades de las sociedades económicas...*, en «Memorias de la Real Sociedad Patriótica de Sevilla», 1 (1779), pp. 43-78, p. 54; el mismo rey, ahora como 'socio principal' según Cabarrús, en José Antonio MARAVALL, *Cabarrús y las ideas de reforma política y social en el siglo XVIII*, en «Revista de Occidente», 69 (1968), pp. 273-300. En general, del mismo Maravall, *Espíritu burgués y principio de interés personal en la Ilustración española*, en «Hispanic Review», 47 (1979), pp. 291-325.

(6) Y como llave de acceso a la misma conviene no arrinconar la obra titánica de Otto VON GIERKE, *Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien*, Breslau, M. und Marcus, 1913, p. 98 sobre Salamonio; en general, *Id.*, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, I-IV, Berlin, Weidmann, 1868-1913, de cuyo vol. IV — aquí, el más pertinente — existe versión inglesa: cf. *Natural Law and the Theory of Society, 1500 to 1800*, I-II, Ernst Baker trans., Cambridge, University Press, 1934.

(7) Uso la edición *De Principatu libri VI*, Parisiis, Excudebat Dionysius Du Val, sub Pegaso, 1578. Entre la copiosa literatura al respecto, además del estudio clásico de Mario D'ADDIO, *L'idea del contratto sociale dai Sofisti alla Riforma e il De Principatu di Mario Salamonio*, Milano, Giuffrè, 1954, me limito a dos recientes aportaciones: Maria Antonietta SALAMONE SAVONA, *Desde el republicanismo clásico hasta el contractualismo moderno: el De Principatu de M. Salamone y el Principatus Politicus de F. Suárez*, en «Ingenium. Revista de historia del pensamiento moderno», 5 (2011), pp. 189-207; David JIMÉNEZ CASTAÑO, *Príncipes y tiranos, vicios y virtudes. Algunas consideraciones sobre el De Principatu de Mario Salamonio y El Príncipe de Nicolás Maquiavelo*, en «Revista de la Sociedad Española de Italianistas», 9 (2013), pp. 105-114.

partir de la antigua experiencia de Roma, que Salamonio, representante del humanismo jurídico («vir plane et iuris et humanitatis doctissimus», opinó André Tiraqueau), demuestra conocer en profundidad. Para este autor la colectividad o república (*civitas*) es una suerte de compañía mercantil (*nihil aliud est Civitas, quam civilis quaedam societas*), establecida por el acuerdo tácito o expreso de las partes (*contrahiturne societas ulla sine pactionibus? — Non utique, nisi tacitis aut expressis*); a su respecto el contrato resulta además *lex* (*pactiones huiusmodi nonne rectae societatis leges dicuntur*), nacida de la voluntad de contratantes libres e iguales. Y frente a la *lex generalis*, fruto del deseo del príncipe, el contrato — *lex conventionalis* — tendría una mayor dignidad: este sólo puede modificarse o abrogarse con el consentimiento de todos los que lo pactaron.

Lex enim generalis a solo Pincipe, ut vulgari potest, eque ab eodem solo aborgari potest; contractus autem, et conventiones veluti sine plurium consensio haud conficiuntur similiter sine eorumdem consensu minime dissolvitur. Que Salamonio piensa en la *societas* del derecho romano me parece patente pues, en tanto que uno de los *bonae fidei negotia* creados por el pretor *ex iure gentium*, la sociedad romana no estaba reservada a los *quirites*; en otras palabras, este contrato producía plenos efectos con independencia del *status ciuitatis* que gozaran los socios. Así previo o anterior el convenio social al Estado y su derecho, frente a cualquier hipotético pacto de sujeción Salamonio presenta al gobernante — uno más de los ciudadanos, aunque excelente (*quamuis potior in ciuitate sit, non propterea definit ciuis esse, atque ciuitatis pars*) — con las facultades, pero también con los compromisos, del administrador de una compañía mercantil (*prepositus vel institor societatis*)⁽⁸⁾. Y en tal condición se encuentra limitado, como *minister populi*, por la convención originaria y por las leyes⁽⁹⁾.

Si libera administratio concessa esset, illa saltem ligatur, ut,

⁽⁸⁾ Así también en las *Orationes ad Priores florentinos* (1498-1499), del mismo Salamonio; cf. D'ADDIO, *L'idea del contratto sociale*, cit., p. 35 y ss.

⁽⁹⁾ Cf. *De Principatu*, lib. I (ed. usada), p. 38 y ss. Interesa además Maria Antonietta SALAMONE, *La idea del contrato social en Mario Salamone de Alberteschi. Sus vínculos con la Escuela de Salamanca y el constitucionalismo inglés*, Madrid, Universidad Complutense (tesis de doctorado en Filosofía Práctica), 2005; Benjamin STRAUMANN,

arbitrio boni viri, quae communiter utilia sunt non negligantur: el príncipe al servicio del pueblo, en suma, pues la gestión que le confían los socios obliga a realizar (*ex arbitrio boni viri*) cuanto redunde en beneficio común ⁽¹⁰⁾. Si Salamonio demuestra la radicación en la tradición católica de las posiciones socio-contractualistas, como afirma finalmente Mario D'Addio, no debe de entretenernos, pues en estas líneas sólo nos ocupa un repaso veloz de las metáforas societarias usadas en el discurso de la política. En este orden de ideas, otro paso adelante dio el holandés, cuáquero y *egalitarian*, Peter Cornelius van Zierikzee (Peter C. Plockhoy, ¿1620-1700?), un emigrado que vivió los convulsos tiempos de Cromwell y que marchó a tierras de América para realizar sus utopías de reforma religiosa y social. Entre las propuestas de Plockhoy conviene recordar aquélla relativa a la fundación de comunas (*households*) para el trabajo colectivo y el consumo cooperativo («little commonwealths») ⁽¹¹⁾; con ellas se quería aumentar, a beneficio de los socios, las producciones artesanales a un coste más bajo, pues la suma de esfuerzos para conseguir las materias primas permitía obtener mejores precios. Además, la convivencia en la *commonwealth* abarataba la vida de todos, igual que la puesta en marcha de una red de centros y maestros comunes para educar a los niños. Se ha considerado a este Plockhoy una voz pionera en la historia de las experiencias cooperativas ⁽¹²⁾; aquí sólo interesa saber que este imaginativo proponente, que tuvo a la vista experiencias tanto inglesas como holandesas, diseñó una sociedad política —

Crisis and Constitutionalism. Roman Political Thought from the Fall of the Republic to the Age of Revolution, Oxford, University Press, 2016, p. 258 y ss.

⁽¹⁰⁾ Cf. D'ADDIO, *L'idea del contratto sociale*, cit., p. 64 y ss.

⁽¹¹⁾ *A Way Propounded to Make the Poor in these and other Nations Happy by Bringing Together a Fit, Suitable and Well-qualified People into One Household-government or Little Common-Wealth ...*, London, Printed for C. C. at the sign of the Black Spread-eagle at the West-end of Paul's Church-yard, [1659].

⁽¹²⁾ Cf. JAVIER DÍVAR GARTEIZAURRECOA, *Peter Cornelius Plockhoy y la república cooperativa*, en «Revista de estudios cooperativos», 102 (2010), pp. 145-153; sobre todo, Eduard BERNSTEIN, *Cromwell and Communism. Socialism and Democracy in the Great English Revolution* (1895), trans. by H. J. Stenning, London, George Allen & Unwin, 1930; ROSA RICCI, *Religious Non-Conformity and Cultural Dynamics. The Case of the Dutch Collegiants*, Leipzig, Universität (Diss. Philosophiae), 2014, en particular p. 78 y ss.

surgieron, en efecto, varias comunas, que acabaron bajo el gobierno de Carlos II — como una compañía comercial formada por pequeños ciudadanos laboriosos ⁽¹³⁾.

El empeño por lograr el bienestar general y atender al ciudadano sacudido por la adversidad también se documenta en la obra, poco posterior, del alemán Gottfried Wilhelm von Leibniz (1646-1716). Tengo presente el informe *Über Assecuranzen* (1680), un dictamen elevado al emperador Leopoldo de Habsburgo ante los constantes incendios que azotaban las ciudades centroeuropeas en los tiempos, aún difíciles, posteriores a la Guerra de los Treinta Años ⁽¹⁴⁾. La república ideal de Leibniz aparece en esas páginas como aquella sociedad donde reina la armonía (*unitas in varietate*), esto es, un Estado perfectamente organizado que cuenta con los medios suficientes para aliviar las desgracias del ciudadano. El arte del buen gobierno (*Wohlfahrtsstaat*) consiste entonces en prevenir y socorrer al necesitado gracias a una optimización social de los recursos, como podría lograr, por ejemplo, una caja pública de fondos contra los riesgos que el particular no es capaz de afrontar en solitario. « Del mismo modo que las sociedades naturales imponen a los padres y a los hijos, a la mujer y al marido, al señor y al sirviente, llevar en común penas y alegrías, la justicia de la república », enseñaba el filósofo, « exige, por así decirlo, que se comunique el *casus fortuitus* que golpea de forma singular, según la voluntad de

⁽¹³⁾ « For the beginning & undertaking of this great work it will be good the some able men (as Fathers) to lay the foundations for the common welfare, does put a sum of money to raise a Stock, employing the same to buy a piece of land whereupon the Husbandman, handy Craftsmen, Tradesmen, Marriners and others (comming in with their moveables as Cartell, Money, or any other Commondityes) may be secured », p. 5. Pero cada socio sería el propietario de sus cosas, « for (according to the Tenth Commandment) none ought to covet another mans goodes »; por eso, reconocido el derecho de separación, podría retirarse lo aportado así como la cuota parte de las eventuales ganancias generadas durante el tiempo en que se mantuvo la sociedad.

⁽¹⁴⁾ Cf. Cornel ZWIERLEIN, *Katastrophe und Prävention. Leibniz, Brandgefahr und Versicherung*, en *Umwelt und Weltgestaltung. Leibniz' politisches Denken in seiner Zeit*, Friedrich Beiderbeck, Irene Dingel, Wenchao Li (hrg.), Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 2015, pp. 433-462. Una traducción francesa del texto de Leibniz con útil introducción en Eliane ALLO, *Un nouvel art de gouverner. Leibniz et la gestion savante de la société par les assurances*, en « Actes de la Recherche en Sciences Sociales », 55 (1984), pp. 33-40.

Dios, a uno de los ciudadanos, así que entre todos se presten ayuda ». Y otra vez el viejo derecho romano ofrecía el modelo a seguir, pues no hay sociedad mejor dispuesta que los comerciantes que comparten la nave: « la *lex Rhodia de iactu* ordena sabiamente que se reparta con equidad el costo de los daños sufridos cuando hay que arrojar al mar una porción de la carga para salvar el navío; de igual forma la república en su conjunto debe considerarse un barco sometido a la intemperie y los caprichos de la fortuna, donde sería injusto que la desventura toque solamente a un número reducido de ciudadanos, mientras los demás se encuentran a salvo. Y si en una compañía mercantil se distribuyen a proporción tanto los lucros como las pérdidas, uno se pregunta por cuál razón en esa gran compañía que forman tantos millares de ciudadanos, cuyo fin es el bienestar colectivo, los unos no han de sufrir las penas de los otros... De donde se sigue », concluía el filósofo, « que en una perfecta república cada vez que padece una pérdida un ciudadano, y no por su falta sino por un accidente, no bastará con el habitual perdón de impuestos; el príncipe debe actuar positivamente, esto es... reparar el menoscabo al menos en parte, lo que puede hacerse gracias a una aportación de todos ». Parece que las vivencias de Leibniz en la ciudad-estado de Hamburgo (1678), cuyas autoridades habían puesto en marcha medios de protección militar para la navegación mercantil (*Convoyfabrt*, 1623) y una caja pública contra los incendios (*Generalfeuerkasse*, 1676), marcaron su pensamiento de manera decisiva.

« La metáfora política ‘lavora’ solo se ha un sostrato di conoscenze e competenze su cui agire », ha escrito una estudiosa italiana, « ognuno di noi cresce in una tradizione metaforica alla quale è, spesso inconsapevolmente, assai sensibile... la reazione emotiva alle metafore è proporzionale al modo in cui esse sono integrate nella sfera dell’esperienza interiore » (15). Si aceptamos, como se debe, las observaciones de Francesca Rigotti estaremos a un paso de entender nuestra cita inicial — el reino como compañía por acciones, recordemos — y de encontrar nuevos testimonios de la misma en la biblioteca de la ciencia política.

(15) Francesca RIGOTTI, *Rassegna introduttiva sulle metafore storico-politiche*, en « Annali dell’Istituto storico italo-germanico in Trento », 15 (1989), pp. 11-35, p. 21.

El sustrato institucional que hacía comprensible el tropo experimentó en el siglo XVIII una admirable transformación. Del *Haus* al *Hof* — enseguida lo veremos ⁽¹⁶⁾ — la creación de grandes empresas coloniales respondió, en primer lugar, a un ejercicio del poder que cabe llamar *activo* o *intervencionista*. En efecto, frente a la pasividad tradicional del rey justiciero, titular de un « gobierno civil o político » ocupado exclusivamente en dar y mantener a cada uno lo suyo (« tutto quello, che riguarda gli affari publici di Stato per la conseruatione, aumento, decoro, e felicità del Principato, e per conseguenza dell'istesso Principe, e de' popoli, da' quali questo místico, ouero politico corpo è costituito », en términos del cardenal De Luca), las experiencias del príncipe ilustrado encontraron su modelo en las facultades — casi absolutas — del *paterfamilias*, codificadas gracias a una rica literatura (*Hausvaterliteratur*, *oconomia*, *disciplina rei familiariae*) que describía las competencias paternas y las actividades necesarias para regir y conservar el grupo familiar ⁽¹⁷⁾. Y es evidente que la confluencia del *merum et mixtum imperium* con esta otra potestad *oeconómica* o doméstica amplió sin medida los horizontes del buen gobierno: pues allí donde no llegaba la *jurisdicción* del monarca — por ejemplo en lo relativo al clero, o en la búsqueda de la 'felicidad nacional' — podía realizarlo la *acción* de un *padre*, ya no sólo *señor*, de vasallos ⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁶⁾ « Aus der guten Hausverwaltung », escribe el amigo Michael Stolleis, « erwuchs die 'gute Policy' der Landesverwaltung mit ihrem den ebenso bunten Nebeneinander von Materien ». Cf. *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. I: 1600-1800*, München, C.H. Beck, 1988, p. 338 y ss.

⁽¹⁷⁾ Abrió esta línea de estudios Otto BRUNNER, *Das Ganze Haus und die alteuropäische Ökonomik*, en *Neue Wege der Verfassungs- und Sozialgeschichte*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1968², pp. 103-127. Una buena presentación, con amplia información bibliográfica, en Pedro CARDIM, *Uma tradução portuguesa dos Económicos*, en « *Philosophica* », 26 (2005), pp. 305-328; para fuentes españolas, Ignacio ANTIENZA HERNÁNDEZ, *Pater familias, señor y patrón: oeconómica, clientelismo y patronato en el antiguo régimen*, en *Relaciones de poder, de producción y parentesco en la edad media y moderna. Aproximación a su estudio*, Reyna Pastor (coord.), Madrid, CSIC, 1990, pp. 411-458.

⁽¹⁸⁾ Cf. Daniela FRIGO, *La 'civile proportione': ceti, principe e composizione degli interessi nella letteratura politica d'antico regime*, en *Economia e corporazioni. Il governo degli interessi nella storia d'Italia dal medioevo all'età contemporanea*, a cura di Cesare Mozzarelli, Milano, Giuffrè, 1988, pp. 81-108; José Luis DE LOS REYES LEOZ, *Carlos III*,

Al modo del *paterfamilias* que edifica su casa, cultiva sus campos, concluye negocios y educa rectamente a sus hijos, el ecónomo supremo también realizó reformas urbanísticas, pobló páramos, apoyó las artes, creó universidades y academias (19). Impulsó, en particular, el comercio a gran escala mediante unas *reales compañías* que pronto estuvieron presentes en cualquier rincón europeo (20). Nacidas en Inglaterra y Holanda a inicios del siglo XVII, las reales compañías ultramarinas se difundieron en la centuria siguiente, cuando sirvieron además para promover la riqueza de las metrópolis con la creación de manufacturas de toda especie: *fábricas* dichas *reales* de tapices, porcelana, cristales, salitre, alfombras, pólvora, naipes... hasta de bujías, abanicos o sedas. Se trataba, en términos jurídicos, de asociaciones con una finalidad comercial pero de índole puramente política, establecidas por la decisión soberana y dotadas de un capital elevadísimo que se dividía en cuotas o *acciones*, documentadas a su vez en títulos transmisibles, no rara vez endosables. Y aunque la estructura orgánica de estas entidades inspiró a los propios mercaderes, sobre todo en operaciones que exigían cuantiosos fondos como el ramo del seguro marítimo, las diferencias que separaban las verdaderas *societates mercatorum* de esas otras *reales compañías* resultaron abismales: dicho en pocas palabras, mientras que las primeras eran *contratos* libres, fruto de la sola voluntad de los socios (« circunstancias, capítulos, y condiciones licitas, que se quisieren imponer, y pactar », a tenor de las Ordenanzas del Consulado de Bilbao, 1737, cap. 10, n° 3), las

padre de vasallos, en Equipo Madrid, *Carlos III, Madrid y la Ilustración*, Madrid, Siglo XXI, 1988, pp. 355-377.

(19) En cuanto concierne a España, la colección normativa *Carlos III. La Ilustración en las Imprentas oficiales, 1759-1788*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1988, contiene una excelente antología de medidas *oeconómicas*.

(20) De la inmensa literatura, antigua y moderna, remito a dos estudios clásicos: Karl LEHMANN, *Die geschichtliche Entwicklung des Aktienrechts bis zum Code de commerce*, Berlin, Carl Heymanns Verlag, 1895; André-E. SAYOUS, *Les sociétés par actions. Leur nature dégagée par la méthode historique d'après l'histoire de la Compagnie hollandaise des Indes Orientales de 1602 à 1623*, en « Revue d'économie politique », 7 (1902), pp. 614-637. Muy ilustrativa es la colección preparada por Paolo UNGARI, *Statuti di compagnia e società azionarie italiane (1639-1808). Per la storia della società per azioni in Italia*, Milano, Giuffrè, 1993.

segundas eran *instituciones* de la soberanía real, tuteladas por la ley de creación (*octroi*) ⁽²¹⁾. Por tal circunstancia los juristas las consideraron un tipo especial de *collegium* (« corporation », « body politick », « compañía o cuerpo », « corpus corporatum et politicum »)... en aquellos pocos casos en que dieron cuenta de su naturaleza ⁽²²⁾.

Conviene advertir, en tercer lugar, que las reales compañías no atrajeron sólo, en muchas ocasiones ni siquiera principalmente, a la clase mercantil. Por ejemplo, la nómina de los socios primitivos del Banco de San Carlos, fundado en 1782 para sostener el curso de la deuda estatal (los llamados ‘vales reales’), tenía al propio rey Carlos III en cabeza, con las acciones nnº 1 a 1000, seguido del príncipe de Asturias (nnº 1.001 a 1.500) y su esposa (nnº 1.501 a 2.000); venían luego nobles, negociantes, promotores (nnº 2.001 a 6.000 aproximadamente) y corporaciones territoriales (pueblos, provincias, depósitos públicos de granos), que absorbieron casi 24.000 títulos; otras 75.000 acciones pasaron a manos de instituciones y particulares de España e Indias. La cédula de erección prefería como socios a « las personas naturales y residentes en los reinos y dominios del Rey »,

⁽²¹⁾ Con razón opinó Raymond-Théodore TROPLONG, *Le droit civil expliqué... Du contrat de société civile et commerciale*, I, Paris, Charles Hingray, 1843, p. 425, en referencia a estas entidades que « on les considérait comme l'œuvre de la puissance plutôt que comme l'ouvrage libre de la volonté des particuliers ».

⁽²²⁾ « Ad horum Collegiorum exemplum commerciorumque promotionem faciliorem, institutae sunt hodiè societates seu Compagniae mercatorum, versus certas oras negotia tractantium », escribió Johannes MARQUARDT, *Tractatus politico-juridicus de jure mercatorum et commerciorum singulari*, Frankfurt, ex Officina Thomae Matthiae Götzii, 1662. Cf. lib. III, cap. I, « De Judiciis & Curiis Mercatorum singularibus. Ubi primo de eorum Collegiis & Sodalitiis, vulgo *Kompagnien* ». Similar a la corporación o gremio de los mercaderes, la real compañía se presentaba en estas páginas como un ente colectivo personificado con un domicilio propio (« collegiati quóque in certo loco conveniunt »), una bolsa común (« collegiati communem possident arcam ») y un sello e insignias (« collegiati utuntur communi sigillo in obsignandis literis & obligationibus liberationibusque ad collegia spectantibus »), que actúa jurídicamente mediante sus directores (« quos omnis est directio et auctoritas ») y los agentes necesarios para ejecutar la voluntad corporativa (« collegiati suos habent officiales et minimos »). Para acentuar las diferencias con las verdaderas *societates*, estas *compañías* estaban exentas de la jurisdicción mercantil y tenían la potestad de cumplir y hacer cumplir sus reglamentos (« quod si vero quis secus facere attentaverit, ille arbitrarie etiam exclusionem punitur »).

pero al final fue muy importante la presencia de extranjeros: los franceses se hicieron con un 20% del capital, mucho más que los comerciantes españoles, que apenas pasaron de un 5%: menos que la nobleza titulada (7,5%) y casi tanto como las instituciones eclesiásticas (6.270 acciones, equivalentes al 4,2%). El registro de los accionistas del Banco contiene, en conclusión, un fiel « reflejo de la sociedad española de la época, pues incluy[e] a miembros del estamento nobiliario, cargos de la Administración, la Iglesia, el Ejército, junto con compañías y comerciantes, así como una serie de instituciones que son también características de este fin del siglo XVIII » (23).

No sería diferente el resultado si pasáramos a analizar — dentro o fuera de España — otras compañías privilegiadas (24), mostrándonos ahora que la metáfora de Arroyal tenía en la vida institucional contemporánea un referente explícito que le servía de apoyo y explicación. Por supuesto, la estrecha relación histórica de las compañías coloniales con el monarca ilustrado — padre y señor, fundador y socio — justificó el interés de la literatura política por la organización de estas entidades, en contraste con el silencio casi impenetrable que mantuvieron a su respecto los textos para uso de comerciantes y los escritos estrictamente jurídicos; pero esta dimensión del argumento quedará apenas abocetada (25). A los casos de Johan H. G. von Justi (el Estado, « una especie de compañía », por lo que, en cuestión de población y emigración, « igualmente que se tendría a mal que un hombre abandonase a sus Socios sin su

(23) Para todo esto, Teresa TORTELLA CASARES, *Índice de los primitivos accionistas del Banco Nacional de San Carlos*, Madrid, Banco de España, 1986, cita en pp. 14-15.

(24) Cf. Lourdes DÍAZ-TRECHUELO, *La Real Compañía de Filipinas*, Sevilla, Escuela de Estudios Hispano-Americanos (CSIC), 1965, p. 46 y ss. También José María OLIVA MELGAR, *Cataluña y el comercio privilegiado con América en el siglo XVIII. La Real Compañía de Comercio de Barcelona a Indias*, Barcelona, Universitat de Barcelona, 1987; Carlos Alberto GONZÁLEZ SÁNCHEZ, *La Real Compañía de comercio y fábricas de San Fernando (1747-1787)*, Sevilla, Ayuntamiento, 1994.

(25) Muy importante la obra de Jakob Friedrich VON BIELFELD, *Institutions politiques...*, II (nouv. éd.), à Paris, chez Duchesne, MDCCLXI (1761), § 46 y ss., p. 382 y ss. También Ramón L. DE DOU Y DE BASSOLS, *Instituciones del derecho público general de España, con noticia particular del de Cataluña...*, III, Madrid, en la oficina de D. Benito García, y Compañía, 1801, p. 276 y ss., « De las personas públicas destinadas para el comercio », dedicadas a la Real Compañía de Filipinas (1785).

consentimiento... con mas fuerte Razón no debe hacerlo respecto a la República », 1754), de Adam Smith (« every man thus live by exchanging, or becomes in some measure a merchant, and the society itself grows to be what is properly a commercial society », 1776), de José Alonso Ortiz (« todo el mundo económico viene a ser un mercado público de permutación, y toda la sociedad como una gran compañía mercantil », 1796), en fin, de Gaspar M. de Jovellanos (el reino como « una gran compañía, en que cada uno pone sus fuerzas y sus luces, y las consagra al bien de los demás ») ⁽²⁶⁾ cabe destacadamente añadir la ‘fantasía patriótica’ del alemán Justus Möser (1720-1794), « Der Bauerhof als eine Aktie betrachtet » (1774), donde la metáfora, aquí discursivamente decisiva, se convierte en verdadera alegoría ⁽²⁷⁾.

No fue la única figura retórica empleada por el cronista de Osnabrück para significar a la república: la construcción en pirámide (« apoyada en una ancha base y en disminución hacia la cúspide, de modo que lo de abajo mantenga sin esfuerzo lo de arriba ») le permitía presentar, desde firmes convicciones estamentales, una eficaz « erbauliche Betrachtung » del Estado ⁽²⁸⁾. Pero la

⁽²⁶⁾ VON JUSTI, *Elementos generales de policía... con varias noticias conducentes a España, añadidas por el mismo Traductor D. Antonio Francisco Puig y Gelabert...*, Barcelona, Eulalia Piferrer, 1784, p. 43; SMITH, *An Enquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations* (1776), ed. Edwin Cannan, Chicago, The University of Chicago Press, 1976, p. 26; Alonso ORTIZ, *Ensayo económico sobre el sistema de la moneda-papel y sobre el crédito público...*, Madrid, Imprenta Real, 1796, p. 2; Jovellanos, en MARAVALL, *Espíritu burgués*, cit., pp. 311-312. A pesar de Crawford B. MACPHERSON, *The Political Theory of Possessive Individualism. From Hobbes to Locke*, Oxford, Clarendon Press, 1962 (1989¹²), p. 151 y ss., no encuentro el tropo del *State* como *joint-stock company* en John Locke, aunque su pensamiento conduciría, sin duda, a su empleo; cf. Wolfgang VON LEYDEN, *Hobbes and Locke. The Politics of Freedom and Obligation*, New York, St. Martin's Press, ca. 1982, p. 106.

⁽²⁷⁾ Cf. Ludwig SCHIRMMEYER, Werner KOHLSCHMIDT, *Justus Möser Sämtliche Werke. Zweite Abteilung: Patriotische Phantasien und Zugehöriges*, III (Bd. 6), Oldenburg-Hamburg, Gerhard Stalling Verlag, s/a, n° 63, pp. 255-270. En general, Jonathan B. KNUDSEN, *Justus Möser and the German Enlightenment*, Cambridge etc., University Press, 1986, p. 159 y ss.; en particular, Gustaf K. SCHMELZEISEN, *Justus Möser Aktientheorie als rechtsgedankliches Gefüge*, en « Zeitschrift der Savigny-Stiftung » (GA), 97 (1980), pp. 254-272.

⁽²⁸⁾ Paul GÖTTSCHEG, *Justus Möser Staats- und Geschichtsdenken. Der Nationsgedanke des aufgeklärten Ständetums*, en « Der Staat », 22 (1983), pp. 33-61. También

plasticidad de la imagen resultante (« Der Staat mit einer Pyramide verglichen », 1773) no daba las razones de la (fundamental, constitutiva) desigualdad entre los estamentos. Por eso, al describir la propiedad territorial del pasado germánico como una *acción* en la masa común que forman los ciudadanos, Justus Möser introducía un elemento ‘dinámico’ para comprobar, desde un pretendido análisis histórico, las razones de una sociedad integrada por grupos de varia y diferente condición. Un primer estamento incluía a los originarios ocupantes de la tierra, con independencia de la extensión mayor (‘socios plenos’) o menor (‘medios socios’, ‘cuartos de socio’) de las propiedades explotadas; todos ellos componían la aristocracia señorial y habrían pactado una suerte de compañía por acciones en defensa común. Aunque los pobladores siguientes no disponían de riqueza inmobiliaria podrían conseguir sus acciones — en otras palabras, suscribían un nuevo contrato social — según lo que aportasen: por ejemplo dinero, en el supuesto de comerciantes y artesanos de las ciudades (*Geldaktien*); o al menos la fuerza de trabajo (*Leibaktien*), en el caso de los ciudadanos más pobres. « En todas partes, y en cada vínculo social, ya sea para el ejercicio del comercio, ya para la defensa común, [el pacto político] se basa en una *acción* correspondiente al fin que se pretende, no en la mera condición humana; y la propiedad de esa acción es requisito para ser asociado ». Pues el individuo, por el simple hecho de existir, no gozará de la ciudadanía: « el amor de la humanidad y a la religión no lo convierten sin más en socio de una compañía por acciones... No hay que confundir a los accionistas-ciudadanos con cualquier otro cristiano, con cualquier otro hombre ».

« Möser pudo unir una justificación de la desigualdad sobre la base de una concepción corporativa », razona Knudsen, « al lenguaje contractual de la tradición iusnaturalista de los derechos... Unió así dos mundos conceptuales y contribuyó a perpetuar el corporativismo en la ilustración tardía y a lo largo del siglo XIX ». Con independencia de estas, entiendo que acertadas, derivaciones, la alegoría nos coloca a un paso de ciertas discriminaciones que pertenecen al código genético del liberalismo. De forma más ro-

Id., *Bürgerliche Ehe und Recht der Menschheit bei Justus Möser*, en « Osnabrücker Mitteilungen », 84 (1978), pp. 51-70, en particular p. 71 y ss.

tunda que en las (algo vagas) manifestaciones de otros pensadores, donde preocupaba la relación entre el rey-administrador y los ciudadanos-accionistas, Möser arrojaba luz, siquiera fuese en negativo, sobre los excluidos de la compañía estatal: en su ensayo queda claro que la propiedad de las acciones es una condición *sine qua non* para el disfrute de los derechos ⁽²⁹⁾. Justo como en las compañías privilegiadas de fábricas y comercio.

Si algunos de los autores recordados acudieron al tropo societario como un arquetipo de convivencia organizada atenta a la justicia distributiva (así Peter Cornelius o Gottfried Leibniz), en esta segunda orientación la *actio pro socio* no salía de la justicia conmutativa más estricta. Con la célebre y duradera distinción entre los ciudadanos *activos* ('accionistas' titulares de derechos de participación en los asuntos comunes) y los ciudadanos *pasivos* (subsumidos en la capacidad política de aquéllos) la metáfora cruzó los discursos revolucionarios y mostró las profundas desigualdades que sacudían a la nación soberana. «Les femmes... les enfants, les étrangers, ceux encore qui ne contribueraient en rien à soutenir l'établissement public », advirtió, en un momento decisivo, el abate Sieyès ⁽³⁰⁾, « ne doivent point influer activement sur la chose publique. Tous peuvent jouir des avantages de la société; mais ceux-là seuls qui contribuent à l'établissement public, sont comme les vrais actionnaires de la grande entreprise sociale. Eux seuls sont les véritables citoyens actifs, les véritables membres de l'association ».

La mujer o el niño sin acciones no importaban políticamente, por más que, al discutirse el castigo de los *émigrés* (1792), la

⁽²⁹⁾ Y por eso presumía Möser de la facilidad con que sus ideas explicaban la servidumbre: «nimmt man aber nur erst an, daß der Knecht ein Mensch im Staate ohne Aktie sei, so zeigt sich die Knechtschaft in einem ganz neuen Lichte; man sieht gleich, warum der Knecht so wenig die Vortheile als die Lasten eines Bürgers habe; warum er so wenig zur Landesvertheidigung dienen, als zu Ehren gelangen könne, ob er gleich alle christlichen und moralischen Tugenden im höchsten Grad besitzt », etc.

⁽³⁰⁾ Emmanuel-Joseph SIEYÈS, *Préliminaire de la Constitution* (1789), en *Écrits politiques*, ed. Roberto Zapperi, Paris, Archives Contemporaines, 1985, pp. 189-206. Cf. William SEWELL, *Le citoyen/la citoyenne. Activity, Passivity, and the Revolutionary Concept of Citizenship*, en *The French Revolution and the Creation of Modern Political Culture*, Colin Lucas (ed.), Oxford, Pergamon Press, 1985, pp. 105-123.

Convención entendiéndose que la sumisión al *pater* huido de Francia no les libraba de responsabilidad ante la Nación: también en sí misma una gran familia ⁽³¹⁾. De todos modos, los matices en los planteamientos discriminatorios — presentes en las disposiciones electorales — no deben hacernos olvidar que también se oyeron voces contrarias a fijar un vínculo inexorable entre la propiedad (de las acciones) y la ciudadanía plena. Consciente de los excesos que autorizaba la metáfora el inglés Thomas Paine (1737-1809), predicador en dos mundos de una teoría democrática de los derechos, dejó en su sitio — un lugar más bien modesto — la imagen societaria cuando se discutía el derecho de sufragio en la nueva constitución francesa (1795): «en instituciones que tienen una índole puramente pecuniaria, como un banco o una compañía de comercio, los derechos del socio nacen de la propiedad que aporta al capital social; sólo los derechos de los propietarios están en el gobierno de la compañía... Pero todo resulta diferente cuando hablamos del gobierno civil, organizado sobre la representación. Este gobierno reconoce a *todos y cada uno* de los individuos como miembros de la sociedad nacional, tenga o no tenga propiedad; por tanto, el principio exige que cada uno, y que cada clase de derecho, estén representados, de modo que el derecho a adquirir y mantener la propiedad sea uno más, y no de la condición más esencial. La protección de la persona es más sagrada que la protección de la propiedad; además, la capacidad de trabajar para mantenerse es de la misma naturaleza que aquélla... [y por tanto] ha de ser objeto de protección, lo mismo que la propiedad exterior» ⁽³²⁾.

Al César lo que es del César, deberíamos entonces concluir. Y sin embargo, más allá de la suerte que siguieron las tesis restrictivas en la teoría política liberal, las palabras de Paine dejaban de lado ciertas experiencias constitucionales que le eran, sin duda, familiares. En la otra orilla del Atlántico, entre las antiguas colonias

⁽³¹⁾ Jennifer HEUER, Anne VERJUS, *The Invention of the Domestic Sphere. Family, Nation and Citizen in Revolutionary France*, en « HAL Id: halshs-00003788 » (<https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00003788v1>), 2005, pp. 1-35.

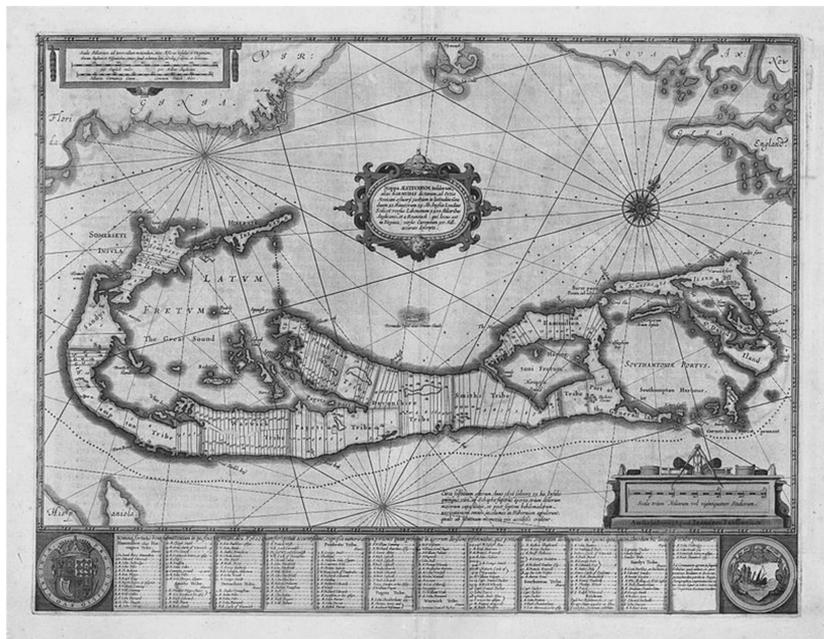
⁽³²⁾ Cf. *Dissertation on First Principles of Government* (1795), en *Thomas Paine Reader*, Michael Foot, Isaac Kramnick (eds.), London, Penguin, 1987, pp. 452-470, cita en p. 462.

integradas en la federación americana, existieron estados cuyo estatuto político no era más que la real concesión de privilegios a favor de la *company* acordada, en su día, por un grupo de explotadores. Así sucedió en Rhode Island según la *charter* otorgada por Carlos II (1663) a instancias de un John Clarke « and the rest of the purchasers and free inhabitants » de la zona, quienes habían ido ante el rey con el deseo de establecer un « floreciente estado civil ». Similar a la carta-patente que puso en pie la *East India Company*, la concesión carolina para Clarke y los suyos contenía el catálogo de las medidas de ‘incorporación’ (« a body corporate and politique ») que les permitía disfrutar de vida jurídica autónoma, a saber: (i) nombre propio (« The Governor and Company of the English Colony of Rhode-Island and Providence Plantations, in New-England, in America »), (ii) sucesión perpetua con capacidad para tener y disponer de bienes y actuar en juicio, (iii) sello común, (iv) estructura orgánica (gobernador, ‘deputy-governor’ y diez asistentes, todos electivos, más una asamblea de delegados « to consult, advise and determine, in and about the affaires and businesse of the said Company and Plantations »), (v) potestad de aprobar leyes y ordenanzas (« to make, ordeyne, constitute or repeal, such lawes, statutes, orders and ordinances, fformes and ceremonies of government and magistracye as to them shall seeme meete for the good and wellfare of the sayd Company ») y de nombrar tribunales (« to apoynt, order and direct, erect and settle, such places and courts of jurisdiction, ffor the heareinge and determininge of all actions, cases, matters and things, happening within the sayd collonie and plantation ») ⁽³³⁾. Dotada de los elementos necesarios a una convivencia ordenada, cuando llegó la hora de la independencia y del pacto federal los buenos ciudadanos de Rhode Island — los últimos en ratificar la Constitución de Filadelfia, por cierto — rehusaron cambiar su vieja carta, que sólo fue sustituida, no sin controversias, por una moderna

⁽³³⁾ Cf. *Orígenes del constitucionalismo americano. Corpus documental bilingüe, II: Periodo Colonial, 1663-1754*, Luis Grau (ed.), Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2009, p. 14 y ss.

constitución estatal... en 1842. Idéntica situación se produjo en el vecino estado de Connecticut ⁽³⁴⁾.

Sería divertido perseguir los procesos metamórficos de las formas jurídico-comerciales hasta cuajar en organizaciones político-territoriales, sobre lo que contamos aun con llamativos testimonios cartográficos ⁽³⁵⁾, como sería el siguiente:



Mapa de las Bermudas por John Speed (1627), en versión del *Atlas maior* de Joan Blaeu (1650).

⁽³⁴⁾ *Ibid.*, I: *Período Colonial, 1606-1663*, p. 18. La carta de Connecticut (1662) *ibid.*, p. 606 y ss.

⁽³⁵⁾ Tengo presente el estupendo mapa de las Bermudas (Somers Islands) del reputado cartógrafo inglés John Speed (1627), a su vez basado en una carta perdida de Richard Norwood, donde se representan, mediante franjas paralelas de diferente anchura, los lotes asignados a los diversos *shareholders* de la compañía-colonia. (*Vid.* reproducción).

pero la ocasión actual impone limitaciones ⁽³⁶⁾. Además, los textos del abate Sieyès y Thomas Paine nos conducen naturalmente al siglo XIX: cuando la distinción entre los sujetos activos y los pasivos en punto al sufragio o las categorías, de valor equivalente, de ciudadanos y nacionales expresaron las muchas diferencias que dividían a los ‘socios’ de la flamante ‘empresa estatal’. Aunque la codificación napoleónica creó la institución jurídica del capitalismo (sociedades por acciones, sociedades anónimas) al sustituir los antiguos privilegios por una autorización gubernativa (cf. *Code de commerce*, 1807, arts. 29-37), la metáfora que analizamos continuó en uso como símbolo — se decía — del moderno «espíritu de asociación». Apenas clausurado el período revolucionario ese ‘espíritu’ («sous la forme de *conseil* dans l’administration, de *compagnies* dans le commerce, de *milice* dans la défense du territoire, de manière à unir les avantages du fédéralisme à l’unité») quiso conseguir una perfecta unión entre la ciencia del gobierno y la ciencia de la producción material sobre la base «de la passion du travail, source du bien-être et de la richesse». El conde franco-español Alexandre de Laborde (1773-1842), autor de las frases anteriores, produjo el texto mayor — el más difundido, al menos, sobre esa cuestión ⁽³⁷⁾. Para el conde el gobierno «es la acción de los hombres reunidos»; la sociedad política, «une association de

⁽³⁶⁾ Michael J. JARVIS, *Bermuda’s ‘Domesday Book’. Richard Norwood’s Surveys and the Development of the Somers Islands, 1616-63*, en «Post-Medieval Archeology», 45 (2011), pp. 54-73; con anterioridad, del mismo Jarvis, *In the Eye of All Trade. Bermuda, Bermudians, and the Maritime Atlantic World, 1680-1783*, Chapel Hill (N. C.), University of North Carolina Press, 2010, p. 19 y ss. sobre la *Somers Islands Company* (esto es, «The Governor and the Company of the City of London for the Plantation of the Somers Islands») y su *royal charter* de 1615.

⁽³⁷⁾ *De l’esprit d’association dans tous les intérêts de la communauté, ou Essai sur le complément du bien-être et de la richesse en France par le complément des institutions*, à Paris, chez Gide et fils, 1818, p. 60 para la cita recogida. Se tradujo al español (*Del espíritu de asociación...*, Valladolid, Impta. de Aparicio, 1834) por el marqués de Sanfelices, pero con varias omisiones — entre ellas, el capítulo II, de nuestro principal interés — «como contrari[a]s al régimen de España, y por consiguiente inútiles» (nota en p. 8). La labor de Laborde, impenitente viajero romántico, se centró en la arqueología y la historia del arte español: cf. Elías TORMO, *Centenario de Alexandre Laborde, el hispanista magnánimo*, en «Boletín de la Real Academia de la Historia», 113 (1943), pp. 260-304.

profit » (también « une compagnie des assurances de ces mêmes profits »). Y claro está, el talante nacional tiene que modular la experiencia constitucional. Un pueblo belicoso necesita una autoidad enérgica, con pocos o ningún límite. Al contrario, si consideramos el caso de una nación industrial « il suffit d'examiner la marche naturelle des opérations commerciales », por ejemplo la sociedad por acciones: entonces « on se représentera la société transformée en une masse d'actionnaires qui, en se livrant chacun séparément à son industrie particulière, se réunissent pour une opération commune qu'il ne peuvent diriger tous ». Y ahí residiría tanto la experiencia parlamentaria (cosa de delegados « qui ordinairement sont pris parmi les plus riches d'entre eux, comme les plus intéressés à bien diriger l'opération commune ») como el ejercicio de un poder ejecutivo (gobernantes encargados de « l'exécution de leurs arrêtés... et qui ont, pendant leur gestion, la signature sociale », donde la fraseología del *Code* y de la práctica mercantil se encuentra muy presente). Y los ciudadanos, liberados al fin del cuidado de los negocios comunes, darían rienda suelta a la « passion du travail » para alegría general.

La metáfora permitía al conde de Laborde atacar el (mal llamado) 'régimen representativo', pues la *Charte constitutionnelle* (1814), destinada a triunfar en la Europa doctrinaria, debía considerarse en su opinión el estatuto de un 'régimen delegativo': esto es, de un sistema político donde los 'representantes' nacionales, gozando de completa autonomía en la cura de los asuntos colectivos, no recibían nunca instrucciones de la base ⁽³⁸⁾. Dicho en otros términos, para Laborde no cabría una verdadera representación política sin mandato imperativo.

El rigor jurídico del conde no llamará especialmente la atención, pues la consulta del aún reciente *Code de commerce* le hubiera

⁽³⁸⁾ « Un grand peuple, en nommant des délégués, a renoncé au droit d'agiter, de discuter lui-même ses intérêts, et par conséquent d'être représenté. Ses députés sont investis de son autorité; ce sont des fondés de procuration auxquels il est convenu de s'en rapporter, qu'il ne peut rappeler ni diriger, ni contredire, ni même révoquer pendant toute la durée de leur procuration; il a renoncé lui-même à toute intervention dans ses intérêts, autre que par l'organe et la volonté de ceux à qui il en a remis le soin », cf. LABORDE, *De l'esprit d'association*, cit., p. 13.

bastado para saber que los regentes de la sociedad anónima (más y menos ajenos al capital: « associés ou non associés, salariés ou gratuits ») reciben un mandato (imperativo) de los accionistas y responden por tanto « de l'exécution du mandat qu'ils ont reçu » (arts. 31-32), lo que debilita los extremos de la analogía ⁽³⁹⁾. Poco importa: el diseño de esta modalidad de asociación mercantil, con una multitud de socios reunidos en junta que adopta las decisiones, un consejo de administración que las ejecuta y un comité de control que vigila las cuentas, era demasiado similar a la estructura tripartita del Estado y daba entonces pie, apenas iniciado el siglo XX, a otros usos del antiguo tropo ⁽⁴⁰⁾.

Se trataba de regular una institución que, desde los años 1860 cuando menos, funcionaba como el principal instrumento del capitalismo desarrollado; sin embargo las anónimas seguían constreñidas bajo una disciplina legal dictada cuando este tipo social era algo extraordinario y aún levantaba toda clase de suspicacias. Los cambios que impuso la Gran Guerra (« una competición feroz de industrias », en palabras de Ernst Jünger) magnificaron a su vez la presencia estatal en las actividades productivas, con el recurso a fórmulas de derecho privado — como, precisamente, las sociedades por acciones — al tiempo que un flamante *derecho económico*, a caballo entre lo administrativo y lo comercial, centraba la mente del jurista ⁽⁴¹⁾. Convertida la compañía anónima en un « órgano de la economía nacional », el problema de su regulación y de la « intervención del Estado » tenía ahora que ver, no tanto con la protección jurídica del socio minoritario, sino con la salvaguarda de la

⁽³⁹⁾ Por lo demás, la universalidad de fines de la sociedad política la apartaría por completo de la sociedad mercantil, envuelta en el ánimo de lucro; sobre esta línea de pensamiento, también presente en la Europa liberal, basta recordar a Antonio ROSMINI-SERBATI, *La società ed il suo fine*, Milano, Pogliani, 1839, p. 105 y ss.

⁽⁴⁰⁾ Cf. Carlos PETIT, *Democracia y derecho mercantil. Textos y contextos de Joaquín Garrigues*, *Nuevos hechos, nuevo Derecho de Sociedades Anónimas (1933)*, en « Revista de Derecho Mercantil », 307 (2018), pp. 187-208.

⁽⁴¹⁾ Y siempre conviene volver a Paolo GROSSI, *Itinerari dell'impresa*, en « Quaderni fiorentini », 28 (1999), pp. 999-1038.

empresa, « a veces contra los mismos accionistas » (Joaquín Garrigues) ⁽⁴²⁾.

El derecho 'liberal' de sociedades exigía por tanto una amplia reforma. Y la comprensión de la naturaleza y función de las compañías anónimas, la base lógica para acometerla, quiso buscarse en su historia. El relato contemporáneo sonaba más o menos como sigue. Las modernas asociaciones de capital nacieron en los Países Bajos a partir de los modos 'aristocráticos' de unos pocos comerciantes que llevaban la empresa sin contar mínimamente con los socios-accionistas: simples inversores con derecho al dividendo. Posteriormente, en sintonía con el triunfo de la democracia parlamentaria, los códigos mercantiles concentraron el poder social en la junta general, mientras que los administradores (mandatarios responsables y amovibles, como sabemos) asumían una posición francamente secundaria. La situación se mantuvo sin sobresaltos hasta que, llegado el cambio de siglo, el desprestigio del parlamentarismo en lo político coincidió en el mundo económico con la concentración industrial y el surgimiento de un 'capitalismo popular'. A esas alturas la explosión del número de sociedades anónimas, la aparición de tipos nuevos con responsabilidad limitada y la aceleración de la producción hicieron el resto: el lento proceder de la asamblea de accionista o los controles, poco menos que ficticios, del comité de vigilancia resultaban incompatibles con una toma ágil de decisiones empresariales... de la misma forma que los trucos políticos y las alianzas imposibles entre partidos dispares llevaban la nación hacia una catástrofe ⁽⁴³⁾. Vistas así las cosas acaso convenía volver a la experiencia 'aristocrática' de las compañías holandesas... en realidad, no faltaba mucho para que la admirable

⁽⁴²⁾ « La gran empresa no es la suma de intereses privados », enseñó el financiero y político Walter RATHENAU, *Vom Aktienwesen. Eine geschäftliche Betrachtung*, Berlín, Fischer, 1917. « Ante todo es un factor de la economía nacional que, dado su origen, con razón o sin ella, todavía luce el sello privatístico de la empresa-propiedad, cuando hace tiempo que se encuentra al servicio de intereses públicos; por eso aún no ha conseguido una nueva forma existencial ».

⁽⁴³⁾ Por no salir del caso español, que vale como ejemplo de debates generales, interesa la reseña que sacó José Antonio Primo de Rivera, fundador (1931) del grupo totalitario « Falange Española », sobre el libro de su amigo Garrigues: cf. « F. E. » (Madrid), n° 3, 18 de enero, 1934, p. 11.

Aktienrechtsdiskussion, abordada — con rara competencia técnica — por los juristas de Weimar, desembocara en la apuesta a favor del *Führerprinzip* en la organización empresarial (cf. ley alemana de Ordenación del Trabajo Nacional, 1934). Y otra vez nos topamos, en este ambiente enrarecido, con la metáfora que interesa. Sólo que los términos se encuentran invertidos: si la *res publica* parecía, en los textos más antiguos, « una compañía de accionistas, sujeta a las estrechas reglas del comercio » (León de Arroyal), ahora las anónimas, con sus problemas orgánicos mal resueltos, observaban la marcha del Estado para adivinar, en las vísceras descompuestas de la práctica política, el futuro jurídico de las sociedades de capital.

FEDERIGO BAMBI

PER UN BREVIARIO DI BUONA SCRITTURA GIURIDICA (*)

Si potrebbe partire col ricordare — nel caso ce ne fosse bisogno — che il lessico del diritto si compone di tecnicismi specifici, di ridefinizioni, di tecnicismi collaterali ⁽¹⁾.

(*) L'articolo nasce dalle riflessioni che feci il 19 dicembre 2017 durante l'audizione di fronte al Gruppo di lavoro sulla chiarezza e la sinteticità degli atti processuali istituito presso il Ministero della Giustizia.

⁽¹⁾ Per un quadro generale sulle caratteristiche lessicali e sintattiche della lingua giuridica si possono vedere: F. SABATINI, *Analisi del linguaggio giuridico. Il testo normativo in una tipologia generale di testi*, in *Corso di studi superiori legislativi 1988-1989*, a cura di M. D'Antonio, Padova, Cedam, 1990, pp. 675-724 (ora anche in Id., *L'italiano nel mondo moderno. Scritti scelti dal 1968 al 2009*, a cura di V. Coletti, R. Coluccia, N. de Blasi, D. Proietti, Napoli, Liguori, 2011, tomo II, pp. 273-320); Id., "Rigidità esplicitzza" vs. "elasticità implicitzza": possibili parametri massimi per una tipologia dei testi, in *Linguistica testuale comparativa*, Copenhagen, Museum Tusulanum press, 1999, pp. 142-172; B. MORTARA GARAVELLI, *Le parole e la giustizia. Divagazioni grammaticali e retoriche su testi giuridici italiani*, Torino, Einaudi, 2001; P. BELLUCCI, *A onor del vero. Fondamenti di linguistica giudiziaria*, Torino, Utet, 2002; L. SERIANNI, *Il linguaggio giuridico*, in Id., *Italiani scritti*, Bologna, il Mulino, 2007², pp. 107-122; P. FIORELLI, *Intorno alle parole del diritto*, Milano, Giuffrè, 2008; *Lingua e diritto. Livelli di analisi*, a cura di J. Visconti, Milano, Led, 2010; R. GUALDO, *Il linguaggio del diritto*, in *Linguaggi specialistici dell'italiano*, a cura di R. Gualdo e S. Telve, Roma, Carocci, 2011, pp. 411-477; S. ONDELLI, *La sentenza penale tra azione e narrazione. Un'analisi pragmalinguistica*, Padova, Cleup, 2012; *L'italiano giuridico che cambia*, Atti del Convegno, Firenze, 1° ottobre 2010, a cura di B. Pozzo e F. Bambi, Firenze, Accademia della Crusca, 2012; *Lingua e diritto. Scritto e parlato nelle professioni legali*, a cura di A. Mariani Marini e F. Bambi, Pisa, Pisa university press, 2013; *I linguaggi del diritto: esperienze a confronto*, a cura di R. Romboli, Pisa, Pisa university press, 2013; M.V. DELL'ANNA, *In nome del popolo italiano. Linguaggio giuridico e lingua della sentenza in Italia*, Roma, Bonacci, 2013; *La lingua dei giuristi*, VIII Giornate internazionali di diritto costituzionale (Brasile-Italia-Spagna), Pisa-Firenze, 24 e 25 settembre 2015, a cura di P. Caretti e R. Romboli, Pisa, Pisa university press, 2016; *Lingua e processo. Le parole del*

E per l'occasione ripetere il consueto Vangelo (apocrifo, perché alla fine conosciuto e seguito ancora meno di quelli ufficiali, direi) per il quale dei tecnicismi specifici una lingua tecnica non può fare a meno perché esprimono in modo univoco uno specifico significato tecnico e sono indispensabili proprio ai fini della chiarezza. Impensabile dunque per il discorso giuridico abbandonare parole come *anticresi*, *reato*, *usucapione* o espressioni come *litisconsorzio necessario* etc.

Analogamente le ridefinizioni: parole della lingua comune che in campo giuridico hanno assunto un valore particolare (*azione*, *confusione*, *emulazione* etc.). Semmai bisognerebbe limitare al massimo quelle ridefinizioni che si verificano — e accade sempre di più — all'interno del diritto tra le diverse branche: i giuristi, tutti presi nei loro specialismi, tendono a dimenticare la loro comune cultura, anche linguistica, e alle volte non si capiscono più neppure tra loro. Il rischio di incomunicabilità diventa dunque sempre più forte, se, appunto, non si riesce a recuperare la radice culturale comune a tutta la scienza giuridica, che è una radice anche linguistica.

Quelli che possono e devono essere eliminati quali difetti estrinseci della lingua giuridica — per dirla con il Muratori — sono i tecnicismi collaterali o soggettivi (i vari *all'uopo*, *altresì*, *coonestare*, *per converso*, *tuziorismo difensivo*, *ultroneo* etc.): non servono e esprimere una nozione tecnica, ma vogliono solamente alzare il tono del discorso, renderlo più esclusivo ed elitario; manifestano in chi li usa « il desiderio inespresso di farsi passare per frequentatori d'un circolo riservato ed esclusivo, di darsi così agli occhi dei profani l'aria di iniziati a riti misteriosi [...], il desiderio sottinteso d'osservare nel linguaggio lo stile della casta in cui sono felicemente introdotti » (2).

Salvo poi trovarsi d'accordo su come riempire questi diversi contenitori. Bene per il *di talché*, *l'ordunque*, *l'orbene*, *l'eziandio*, e l'altra mercanzia del genere: tecnicismi collaterali da bandire senz'al-

diritto di fronte al giudice, Atti del Convegno, Firenze, 4 aprile 2014, a cura di F. Bambi, Firenze, Accademia della Crusca, 2016; F. BAMBI, *Leggi, contratti, bilanci. Un italiano a norma?*, Roma, Accademia della Crusca-Gruppo Gedi, 2017², pp. 1-113.

(2) P. FIORELLI, *Paradossi d'un linguaggio legale in crisi*, in *L'italiano giuridico che cambia*, cit., p. 231.

tro (sempre e comunque?). Ma, ad esempio, l'*escussione* e l'*escutere* in quale scatola si mettono? In quella dei gioielli di famiglia da conservare con cura, oppure direttamente in quella della immondizia indifferenziata destinata a essere smaltita senza possibilità o speranza di riciclo? Perché in questo caso mi son trovato spesso di fronte a opinioni diverse: soprattutto a quella di linguisti esperti di linguaggio giuridico, ma anche di qualche giurista, pronti a sostenere a spada tratta che *escussione* e *escutere* appartengano al novero dei paroloni da eliminare perché non tecnici. Mah! E io che credevo di ricordare di averli trovati molto spesso fin dal latino delle fonti giuridiche romane, e poi anche nei codici, soprattutto quando si trattasse di *escutere* un bene, un patrimonio o un debitore (cfr. artt. 563, I c., 1944, II c., *Codice civile*); e da lì la strada per arrivare a *escutere* un testimone non è molto lunga: conferma viene dal fatto che quest'ultimo uso non è infrequente neppure nella prosa giuridica più colta e sostenuta: « *Escusse* queste testimonianze, i giudici pronunciavano la sentenza in conformità dei risultati dell'*inquisitio* » ⁽³⁾.

Forse, allora, è pericoloso concepire degli elenchi troppo rigidi e netti: molto meglio lasciare uno spazio di libertà alla sensibilità e alla cultura dell'autore. E dire in generale che è bene non usare tutti quei vocaboli o espressioni inconsuete che un normale lettore certo non ha nel proprio patrimonio di conoscenze lessicali e che non si trovano neppure in qualche articolo di codice o in qualche pagina di dottrina per esprimere una nozione tecnica. E allora è bene che l'*impianto termico* torni a essere la *stufa*, il *prodotto vinicolo* ridivenga il *fiasco di vino*, il *recipiente adibito al contenimento del combustibile* la *cassa del carbone*, per ricordare ancora l'abusato passo di Italo Calvino sulla lingua del diritto e su quella dell'Amministrazione, additate come esempi tipici di antilingua ⁽⁴⁾. Sembra

⁽³⁾ F. CALASSO, *Medioevo del diritto*, Milano, Giuffrè, 1954, p. 210.

⁽⁴⁾ Per chi non l'abbia presente, è sufficiente inserire in un qualsiasi motore di ricerca di internet le parole « antilingua » e « Calvino » e subito quella pagina apparirà come per incanto sullo schermo. Più tempo sarà necessario a chi voglia leggerla sulla carta: il passo fu pubblicato in origine sul quotidiano « Il giorno » del 3 febbraio 1965 con il titolo *Per ora sommersi dall'antilingua*; ora in I. CALVINO, *Una pietra sopra*, Torino, Einaudi, 1980, pp. 122-126.

incredibile ma anche il giurista, una volta toltasi la toga e smesse le mezze maniche, può riuscire — ne sono sicuro — a distinguere i paroloni *ad pompam* dal lessico veramente necessario al diritto: basta un po' di allenamento e una dose di buona volontà, e soprattutto un pizzico di senso critico. Ci si può riuscire, forse, se si tengono saldi i legami con la vita e la lingua di tutti i giorni, e se il giurista non si rinchiude autisticamente nel proprio mondo. Ma non è poi detto che davvero sempre quei paroloni debbano essere evitati. Chissà, talvolta potrebbe tornare utile a chi sappia scrivere con competenza e sensibilità (e soprattutto con un po' d'ironia) anche un *ordunque* o un *di talché*, o addirittura un *all'uopo*!

Ordunque, appunto: passando ai contenuti, potrei dire — magari anche anglicizzando — che ogni scritto, che sia in parte informativo o descrittivo-narrativo, dovrebbe rispettare la regola delle 5 W (*Who, What, Why, Where, When*), cioè dovrebbe sempre contenere le indicazioni del *Chi*, del *Che cosa*, del *Perché*, del *Dove* e del *Quando*. Oppure potrei aggiungere per farmi bello con una citazione dal sapore erudito che ogni discorso, compreso quello giuridico (anzi quello per primo!), per essere veramente efficace, cioè per convincere l'interlocutore, deve costruirsi e scandirsi secondo le parti della retorica classica (che in più di duemila anni non siamo stati buoni di modificare), cioè in *inventio, dispositio, elocutio, memoria, pronuntiatio/actio*; con tutte le regole conseguenti. Arriverei molto in ritardo, però, visto che quei contenuti con una lingua diversa e meno schematica sono in buona sostanza richiesti proprio dalle norme dei codici di rito che disciplinano gli atti di parte e quelli del giudice ⁽⁵⁾. E se il giurista pratico quelle regole rispetta, come deve, a pena spesso di nullità o di inammissibilità, il suo lo fa, e ci si potrebbe anche accontentare. Insomma, è scontato, ma forse è importante ribadirlo: prima di tutto bisogna ricordarsi di rispettare le regole del codice e quelle della lingua, e poi si potrà discutere di quale sia l'ordine migliore da dare ai nostri argomenti.

Che poi quel medesimo giurista debba essere sintetico nella costruzione del testo, che cioè debba scegliere solo quegli argomenti che siano veramente funzionali alla dimostrazione della sua tesi, e

⁽⁵⁾ Cfr. I. PAGNI, *Chiarezza e sinteticità negli atti giudiziari: il protocollo d'intesa tra Cassazione e CNF*, in « Giurisprudenza italiana », dicembre 2016, p. 2785.

non gli altri, è cosa che oggi potrebbe dirsi ovvia, visto che il principio di chiarezza e sinteticità degli atti è ormai considerato un principio generale di qualunque processo ⁽⁶⁾, e non solo di quello amministrativo. Semmai dovrà riflettere bene su come organizzare quegli argomenti, in quali ordine disporli: e qui si torna alla vecchia *dispositio*, ma anche all'aiuto delle norme dei codici.

E, ancora, il giurista perfetto scrittore dovrebbe essere conciso e non involuto. Perché l'accusa sintattica che più spesso gli viene rivolta è di scrivere troppo e in modo troppo complicato (e non è solo una questione di lessico). Le frasi dei giuristi sono di solito ben più lunghe di quelle 20 o 25 parole che rappresentano la misura ideale per farsi capire efficacemente dall'interlocutore. I periodi, poi, sono costruiti di solito con proposizioni subordinate e non, come si consiglia a chi voglia essere davvero chiaro e comprensibile, con proposizioni coordinate. Il modello che si addita è quello della Costituzione nella versione del 1947, senza tener troppo conto del fatto che ben raramente un giurista si trova a scrivere una legge; il più delle volte son sentenze e comparse (dove però possono comparire anche tipi testuali prescrittivi oltre che argomentativi, espositivi e narrativi). E le subordinate sono numerose e di vari gradi, magari con modi verbali non finiti (come il gerundio che non fa capire alla prima chi è il soggetto della frase con il rischio — anche per lo scrivente esperto — di perdere il controllo sintattico del periodo), con nominalizzazioni (una parola assume il contenuto semantico di un'intera frase), con doppie o triple negazioni. Sicché

⁽⁶⁾ Si veda, tra le altre, Cass. 17 gennaio 2017, n. 964, che afferma il principio con un periodo di 140 parole (!): « Quanto agli ulteriori aspetti della mancanza di sinteticità e chiarezza, questa Corte di cassazione ha già avuto modo di chiarire che queste condizioni sono ora fissate nel nostro ordinamento dall'art. 3 c.p.a., comma 2, che esprime un principio generale del diritto processuale, destinato ad operare anche nel processo civile, la cui mancanza espone il ricorrente al rischio di una declaratoria di inammissibilità dell'impugnazione, in quanto rischia di pregiudicare l'intelligibilità delle questioni, rendendo oscura l'esposizione dei fatti di causa e confuse le censure mosse alla sentenza gravata, con ciò ponendosi in contrasto con il principio di ragionevole durata del processo, costituzionalizzato con la modifica dell'art. 111 Cost., e, per altro verso, con il principio di leale collaborazione tra le parti processuali e tra queste ed il giudice risolvendosi, in definitiva, in un impedimento al pieno e proficuo svolgimento del contraddittorio processuale (cfr. Cass. n. 11199/12, Cass. n. 21297/16) ».

chi legge — sia anche un giurista, un giudice o un avvocato — deve impegnare il cervello in un lavoro pesantissimo e faticosissimo di ricostruzione del pensiero che nello scritto è stato espresso. E spesso davvero senza necessità: una sentenza di merito o un atto difensivo si riferiscono per definizione a fatti concreti e — almeno da un punto di vista logico — non dovrebbero usare un linguaggio astratto che renda inutilmente complicata la loro comprensione. Lo scrivere difficile e cervelotico d'una sentenza di Corte d'Appello, « È davvero di scarsa se non di totalmente carente credibilità l'asserito affidamento in custodia di un così prezioso carico a persona non nota », non ha ragion d'essere quando si sarebbe potuto tranquillamente dire: « È difficile, se non impossibile, credere che un carico di droga sia stato dato da custodire a uno sconosciuto » (7).

E, allora, tu giudice, tu avvocato devi scrivere frasi corte, senza parole e espressioni inutili-antiquate-vuote, con modi verbali finiti e con diatesi attiva, frasi dove si rispetti la normale posizione che i componenti grammaticali devono avere (soggetto + verbo + complemento oggetto; nome + aggettivo), e i periodi devono essere senza subordinate etc.

Sulla falsariga di quanto avviene di fronte a certe corti anglosassoni ed europee, l'ideale sembra proprio quello di mettere lo scrittore di cose giuridiche in una gabbia fatta di un numero predeterminato di battute e di righe, tassativamente da non superare a pena delle più severe sanzioni (che tanto... perlopiù colpiscono il cliente); e — mi raccomando — si usi solo quel tipo di carattere (pardòn, *font*) e non quell'altro, che non s'addice alla chiarezza e brevità! Il rischio grosso così facendo è però quello di levar l'anima alla scrittura.

Tutto vero, per carità! E meritoria è stata, ed è, l'opera di chi cerca di regolare e semplificare lo scrivere del diritto (8). Ma sempre

(7) MORTARA GARAVELLI, *Le parole e la giustizia*, cit., p. 173.

(8) Penso in primo luogo al lavoro fatto dagli Osservatori della giustizia civile (sui quali da ultimo si veda D. CERRI, *Le linee guida 2017 degli Osservatori sulla giustizia civile sulla redazione degli atti in maniera chiara e sintetica*, in « *Judicium* », 2017 [Aggiornamenti 24 agosto 2017], <http://www.judicium.it>) e a tutti quei giuristi e a quei linguisti che s'impegnano perché più fluido ed efficace diventi lo scrivere dei giuristi,

e comunque? Oppure si dovrà consigliare a quello stesso giurista che all'occorrenza bisognerà anche essere duttili e elastici e sapere adattare la regola linguistica, talvolta fino al punto di non applicarla? Sono quei principi che sono stati anche messi alla base delle relazioni del Gruppo di lavoro ministeriale sulla sinteticità degli atti processuali (l'ultima del 16 febbraio 2018) e che sono stati riconosciuti in quella pronuncia del Consiglio di Stato (sez. III, 12 giugno 2015, n. 2900) che non sembra però avere avuto un grosso seguito negli sviluppi legislativi, regolamentari e giurisprudenziali che hanno interessato la giurisdizione amministrativa ⁽⁹⁾: la sinteticità è un concetto relativo che non può tradursi in meccaniche e automatiche compressioni del numero di battute o di pagine, ma che invece deve essere intrinsecamente legato alla complessità delle questioni da decidere.

La cosa da cui bisogna guardarsi è altrettanto dannosa rispetto alla prolissità, e anch'essa — e forse ancor più — nemica acerrima della chiarezza: il cercare le semplicità ad ogni costo, cioè la genericità, con il rischio di diventare, oltre che oscuri, menzogneri. Ecco il Calvino che mi piace: « Quando le cose non sono semplici, non sono chiare, pretendere la chiarezza a tutti i costi, è faciloneria, e proprio questa pretesa obbliga i discorsi a diventare generici, cioè menzogneri. Invece lo sforzo di cercare di pensare e di esprimersi con la massima precisione possibile proprio di fronte alle cose più complesse è l'unico atteggiamento onesto e utile » ⁽¹⁰⁾.

Bene scrivere di regola frasi di non più di 20 parole, ma se si tratta di esprimere un concetto complesso si rompa pure quel limite, perché non sempre la lunghezza è sinonimo di oscurità. Uno dei più bei periodi della letteratura italiana è composto di ben 111 parole, e nessuno mi venga a dire che non si capisce, né che si potrebbe

magari anche cercando di contenere con regole arcigne — come il fissar limiti massimi di battute e di pagine — lo strabordare delle frasi e il rincorrersi disordinato dei periodi.

⁽⁹⁾ Si è proceduto, anzi, in direzione contraria con il fissare limiti massimi di lunghezza per i ricorsi e con la previsione che il mancato esame da parte del giudice delle parti « sovrabbondanti » non possa costituire motivo d'impugnazione: così la legge n. 197 del 25 ottobre 2016 che ha convertito in legge il D.L. 31 agosto 2016, n. 168, e ha esteso a tutti i giudizi amministrativi le norme previste per quelli relativi agli appalti, e il conseguente decreto del Presidente del Consiglio di Stato n. 167 del 22 dicembre 2016. La giurisprudenza applica la regola: Consiglio di Stato, sez. V, 12 giugno 2017, n. 2852.

⁽¹⁰⁾ CALVINO, *Una pietra sopra*, cit., p. 307.

meccanicamente ridurlo senza stravolgerne senso e funzione: « Quel ramo del lago di Como, che volge a mezzogiorno, tra due catene non interrotte di monti, tutto a seni e a golfi, a seconda dello sporgere e del rientrare di quelli, vien, quasi a un tratto, a restringersi, e a prender corso e figura di fiume, tra un promontorio a destra, e un'ampia costiera dall'altra parte; e il ponte, che ivi congiunge le due rive, par che renda ancor più sensibile all'occhio questa trasformazione, e segni il punto in cui il lago cessa, e l'Adda ricomincia, per ripigliar poi nome di lago dove le rive, allontanandosi di nuovo, lascian l'acqua distendersi e rallentarsi in nuovi golfi e in nuovi seni » (11). L'altrettanto celebre « Addio monti » (12) si articola in 4 periodi di 56, 13, 44 e 84 parole.

Bene (fino a un certo punto) privilegiare nella costruzione del periodo la paratassi rispetto alla ipotassi: ma non bisogna dimenticare che « la costruzione ipotattica è la costruzione argomentativa per eccellenza » (13); e non son forse di questo genere soprattutto i testi che il giurista è chiamato a scrivere? Per esprimere certi nodi complessi del ragionamento giuridico si presta meglio la subordinazione perché « crea dei quadri, costituisce una presa di posizione; [...] impone al lettore l'obbligo di vedere alcune relazioni, limita le interpretazioni che egli potrebbe prendere in considerazione » (14); e il nostro giurista scrittore deve esservi pronto, se non vuol risultare semplicista e superficiale. E perché allora lo si dovrebbe privare sempre del piacere di comporre periodi perfetti in cui frasi principali e subordinate si susseguono armoniosamente seguendo le volute del ragionamento? Ops, scusate, dimenticavo: le domande retoriche dovrebbero anch'esse esser bandite... Ma mi sono distratto pensando al tipo di periodo che magnifica uno scrittore della seconda metà dell'Ottocento e dei primi del Novecento d'una certa fortuna, Edmondo De Amicis: un periodo che può essere paragonato « per

(11) A. MANZONI, *I promessi sposi*, Milano, Guglielmini e Redaelli, 1840, cap. I, p. 9.

(12) Ivi, cap. VIII, p. 163.

(13) C. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, Torino, Einaudi, 2013 (1958¹), p. 171. Cfr. B. MORTARA GARAVELLI, *Manuale di retorica*, Milano, Bompiani, 2015 (1988¹), p. 132.

(14) PERELMAN, OLBRECHTS-TYTECA, *Trattato dell'argomentazione*, cit., p. 171.

certi rispetti al modo di andare di un uomo ben formato, sano, svelto e elegante; il quale cammina per la strada a passi né lunghi né corti, ritto, ma non impettito, sciolto, ma dignitoso, e guarda e saluta di qua e di là senza soffermarsi e senza scomporsi, supera gli impedimenti con agilità, scansa le persone con garbo, svolta alle cantonate con un giro cauto, sale senz'affannarsi, discende senza lasciarsi andare, e s'arresta a un tratto, quando arriva alla meta, con un ultimo passo risoluto, rimanendo ritto ed immobile » (15). Un periodo nel quale, fuor di metafora, « v'è una corrispondenza perfetta tra il pensiero e la forma, e i concetti sono collegati e contrapposti in maniera da illuminarsi a vicenda, e tutte le locuzioni son proprie, e tutte le giunture facili, e nessuna parola superflua, per modo che non ti riesce d'immaginare come quella data idea avrebbe potuto essere svolta altrimenti, neppure nei particolari secondari e minimi della sua espressione [...]. Il periodo è lungo e ti par rapido, perché non c'è nessuna oscurità che ti desti un dubbio, nessuna ridondanza che ti distraiga, nessun intoppo né vuoto che t'arresti. I concetti e i membri vi son distribuiti così bene, senz'affollamento, quantunque siano molto fitti, che ti par che l'aria vi si mova e v'entri dentro la luce da ogni parte. Il periodo è così ben modulato che vi senti una correlazione armonica fra la prima e l'ultima frase, e fra queste e le intermedie, e nelle intermedie tra loro; ma è un'armonia non studiata e discreta, e come naturalmente prodotta dall'accordo dei pensieri » (16).

A questo dovrebbe tendere qualsiasi scrittore, e anche quello di cose giuridiche. Il quale appunto dovrebbe essere sintetico e conciso, duttile e flessibile, e dunque deontologicamente leale: impegnato cioè nello sforzo di rendere il suo scrivere efficace e comprensibile a tutti i destinatari, diretti e indiretti.

Ma le regolette che sempre si ripetono e che ora si sono ridette non bastano: il rischio è che anche esse possano essere ridotte a un mero stereotipo. Per scongiurarlo la strada è quella solita: il giurista deve tornare a essere un uomo di cultura a tutto tondo, non il semplice titolare d'un sapere tecnico, e una sua formazione linguistica è sempre più necessaria. Perché la buona

(15) E. DE AMICIS, *L'idioma gentile*, Milano, Treves, 1905, p. 400.

(16) Ivi, p. 400 e s.

scrittura giuridica non potrà che nascere dall'incontro delle regole del diritto con quelle della lingua. E poi il giurista che voglia scrivere « lealmente » dovrebbe leggere, leggere, leggere e possibilmente scritti non giuridici: per aprire la mente e distendere la prosa. Direi l'esatto inverso di quello che faceva Stendhal, il quale, mentre componeva la « Certosa », ogni mattina leggeva qualche pagina del *Code civil* per prendere il tono giusto di scrittura ⁽¹⁷⁾: no, lo scrittore di testi giuridici dovrebbe leggere qualche pagina della « Certosa » e poi mettersi al banco del giudice o a quello dell'avvocato per il suo lavoro quotidiano, con un pensiero più chiaro e più sicuro. E dovrebbe anche rileggere, rileggere, rileggere: il suo testo per riscriverlo e migliorarlo, cioè « per vedere se c'è ancora qualcosa che può essere tolto » ⁽¹⁸⁾ o — chissà, magari — da aggiungere.

Dimenticavo, il nome della « cosa » sulla quale ci siamo affaccendati. Mi piace *breviario*. Perché la parola non è un parolone e etimologicamente indica qualcosa di breve e di abbreviato, un 'compendio', e per conseguenza un qualcosa di maneggevole che può (deve!) essere sempre portato addosso in ogni circostanza e per ogni esigenza; e perché alla fine rievoca (a me, ma penso un po' a tutti) il ricordo ginnasiale dell'incontro con una lingua e una scrittura belle e chiare e piane: « Per una di queste stradicciole, tornava bel bello dalla passeggiata [...] don Abbondio [...]. Diceva tranquillamente il suo ufficio, e talvolta, tra un salmo e l'altro, chiudeva il *breviario*, tenendovi dentro, per segno, l'indice della mano destra, e, messa poi questa nell'altra dietro la schiena, proseguiva il suo cammino, guardando a terra, e buttando con un piede verso il muro i ciottoli che facevano inciampo nel sentiero » ⁽¹⁹⁾.

Un *breviario* per una buona scrittura giuridica che non difenderà dai bravi, come non difese don Abbondio, ma servirà a eliminare gli inciampi linguistici e potrà forse guidare il giurista alla

⁽¹⁷⁾ Lo racconta lui stesso nella lettera a Honoré de Balzac del 30 ottobre 1840: il passo è pubblicato in P. ARBELET, *La véritable lettre de Stendhal à Balzac*, in « Revue d'histoire littéraire de la France », XXIV (1917), p. 552.

⁽¹⁸⁾ G. CAROFIGLIO, *Con parole precise. Breviario di scrittura civile*, Roma-Bari, Laterza, 2015, p. 87.

⁽¹⁹⁾ MANZONI, *I promessi sposi*, cit., cap. I, p. 11 e s.

reinvenzione del proprio modo di scrivere e di pensare. Sempre tenendo presente che la scrittura è un'essenziale forma di manifestazione della personalità, originale e creativa. Regole troppo rigide e stereotipate mal si prestano a contenerla.

La dimensione giuridica

PIO CARONI

E SE ANCHE IL CODICE FOSSE UN MESSAGGIO?

duole giungere di ogni cosa al fondo
cesserà anche la paura un giorno
sono belli quei vecchi granai
vuoti dei raccolti antichi ormai

Jan SKÁCEL, *Noccioline per un pappagallo nero*, 1983 (*)

1. Introduzione. — 2. Essere un messaggio. — 3. Aggrapparsi alle parole. — 4. Recuperare i codici irregolari. — 5. Recepire, raggiungere, trapiantare. — 6. Cambiare codificando. — 7. Guardare le cose dall'alto.

1. *Introduzione.*

Chiamato tempo fa dalla generosità di amici a tracciare le coordinate di una riflessione aggiornata sul tema sempre virulento della codificazione del diritto ⁽¹⁾, e raggiunto più o meno indenne quel punto dell'itinerario personale, che sconsiglia rinvii, mi incammino dunque per un'ultima volta. Muovendo comunque da certezze già acquisite in passato, alle quali oggi in apparenza ho ben poco da aggiungere. Nel senso che non posso riferire di recenti, clamorose

(*) Alla collega Annalisa Cosentino della *Sapienza* di Roma, che ha (ri)tradotto per me questi versi del grande poeta moravo Jan Skácel (1922-1989), devo infinita gratitudine. Una prima versione si legge in Jan SKÁCEL, *Il colore del silenzio, Poesie 1957-1989*, a cura di Annalisa Cosentino, Pesaro, Metauro, 2004, pp. 142-143.

⁽¹⁾ Questo testo rielabora, corregge e completa un intervento (*O código como mensagem*) proposto in apertura del congresso *Cem Anos de codificação civil brasileira*, organizzato da José Reinaldo de Lima Lopes nella Universidade de São Paulo dal 15 al 18 agosto 2016. Il testo originale, solo parzialmente letto in quell'occasione e privo di note, è stato nel frattempo pubblicato nella *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*.

scoperte, che abbiano messo a soquadro canoniche verità. Non ho scoperto nulla, non ho nulla da rivelare, né nuovi fatti, né nuovi documenti. Rifletto perciò su avvenimenti noti, ma aspiro anche a presentarli *diversamente*, perché incorniciati da un contesto finora oscurato, condizionati da un entroterra insolito, oppure perché indotti da moventi finora inesplorati ⁽²⁾. Fermo restando che questo mio riappropriarmi di cose già acquisite riporterà pure alla luce — almeno me lo auguro — *evidenze* a lungo opacizzate, persino cancellate da un approccio troppo nominale (o se si vuole letterale) alla vita dei codici ⁽³⁾.

Vedo dunque nel codice — questa è la premessa odierna — un *messaggio*. Né più, né meno, e non per la prima volta, magari ⁽⁴⁾. Ma

⁽²⁾ Procede analogamente, distingue cioè fra *Fakten-Feststellung* e *Fakten-Deutung* in un contesto discorsivo analogo a quello, nel quale mi muovo io, e parimenti si dedica solo alla seconda, E. BUCHER, *Recht-Geschichtlichkeit-Europa*, in *Vers un droit privé européen commun, Beiheft zur Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, Heft 16, a cura di B. Schmidlin, Basel, Helbing und Lichtenhahn, 1994, pp. 7-31, specialmente 29.

⁽³⁾ Sulle radici di questa atavica aspirazione v. P. CARONI, *La solitudine dello storico del diritto. Appunti sull'inerenza di una disciplina* altra, Milano, Giuffrè, 2009, p. 54.

⁽⁴⁾ In realtà guardavo da tempo in questa direzione, in modo esplicito da quando proposi di distinguere fra la storia della codificazione come procedura (che in italiano si chiamò nell'Ottocento *codificazione* [o *codicizzazione*], e in tedesco si chiama tuttora *Durchkodifizierung*) e quella del codice finalmente operativo. Già allora mi parve utile scorgere nella legge un messaggio affidato alle attenzioni di un non ancora meglio precisato destinatario, v. ad es. *La storia della codificazione e quella del codice*, in « Index », 29 (2001), pp. 55-81, specialmente 61 e ss., 66 e ss. Oggi parto dunque da posizioni almeno tendenzialmente acquisite e tento di chiarirle ulteriormente, già perché metto al centro non tanto la legge in generale (che è comunque sempre un messaggio), quanto proprio solo il codice. In tutti questi anni ho cercato quasi disperatamente interlocutori, ossia compagni di viaggio disposti — com'ero io — a staccarsi dall'immobilità marmorea del monumento legislativo per condividere ansie, curiosità e speranze del suo fruitore-utente. Pensavo di averlo trovato in Paolo Cappellini (v. ad es. *Il codice eterno*, in *Codici. Una riflessione di fine millennio*. Atti dell'incontro di studio Firenze, 26-28 ottobre 2000, a cura di P. Cappellini e B. Sordi, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 11-68; *Codici*, in *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, a cura di M. Fioravanti, Roma-Bari, Laterza, 2002, pp. 102-127), perché riteneva parimente fondamentale (e dunque centrale) il rapporto fra il codice e i suoi destinatari (ossia utenti), ragione per cui formulò i suoi ragionamenti secondo un modello di analisi comunicativo. Ma lo svolgimento concreto loro conferito dall'autore imboccò poi altri itinerari, andò perciò ad irrigare un altro emisfero. Analogamente non mi sfuggirono

per la prima volta mi propongo ora di approfondire l'argomento, il che significa: di ragionare sul significato concreto di questo predicato, quindi di appurare cosa implichi e quali cambiamenti di rotta possibilmente suggerisca.

2. *Essere un messaggio.*

Per la teoria della comunicazione, che oggi un po' ovunque imperversa, *messaggio* è una notizia, un segno, un testo che un (e)mittente trasmette/recapita a un destinatario. È dunque destinato per sua vocazione a viaggiare, a muoversi fra la sorgente e il ricevitore e a essergli consegnato. Il destinatario provvederà poi ad appurarlo il significato, ossia a leggerlo, interpretarlo e dargli se del caso un seguito. Come finalmente insegna quella nostra esperienza quotidiana, alla quale diamo purtroppo raramente il peso che merita: ricorda che il significato sotteso ai libri letti, alle musiche ascoltate, alle pellicole viste, non viene né suggerito, né anticipato dal mittente, ma appurato dal lettore, dall'ascoltatore, dallo spettatore. Che capiscono, interpretano, giudicano non tanto come vogliono, devono o possono, *ma come sono*.

E se questa definizione la applicassi al codice, che succedrebbe? Potrei dire allora, che anche il codice, ossia quel testo legislativo che, nell'Ottocento, lo Stato elaborò certamente anche per corrispondere ad attese segnalate dalla società e varò poi in capo

le ricerche svolte sul finire del secolo scorso da membri dello *Österreichisches Institut für Rechtspolitik* e destinate ad appurare la *Rechtsakzeptanz*, ossia l'effettività dell'adesione popolare alle proposte legislative. Solo che, dopo le prime pubblicazioni (degli anni 1993, 1996 e 1998, vedi il riassunto in J.W. PICHLER, *Rechtsakzeptanz. Genügt der Befund oder gibt es auch eine Aufgabe?*, in *Kleine Arbeitsreihe zur europäischen und vergleichenden Rechtsgeschichte*, Heft 22, Graz, 1996), del tema si impadronì un approccio vieppiù giuspolitico, rispettivamente demoscopico. Alla fine ho scoperto due brevi, ma stimolanti scritti di Gérard Timsit di parecchi anni fa: non si appoggiano alla metafora del messaggio, ma rinviano in compenso alla dialettica fra attività normativa del legislatore e fruizione/codeterminazione del contenuto da parte del lettore/giudice. Accompagnandomi mi hanno anche permesso di fugare qualche dubbio residuo: G. TIMSIT, *Gény, le juge et le silence*, in «Quaderni fiorentini», 29 (1991), pp. 149-159, specialmente 154, 157; ID., *La codification, transcription ou transgression de la loi?*, in «Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques», 24 (1996), pp. 83-93.

a specifiche procedure, non era destinato a rimanere il capolinea di un *iter* parlamentare, immobile come una balena spiaggiata. Il suo destino era diverso, era quello di venir consegnato ad una società, che poco o tanto l'aveva sollecitato. Ad essa trasmise perciò non una semplice esortazione, ma qualcosa di più, ossia un programma solo in parte facoltativo, che tendenzialmente la costringeva ad allinearsi. Dando comunque per acquisito che potesse leggerlo e implementarlo solo nella sua ottica, ossia come prevedevano i suoi programmi e come reclamavano i suoi bisogni, senza sentirsi formalmente condizionata dalle scelte o dalle raccomandazioni del legislatore, ma anche senza ignorarle. Può essere utile supporre che il codice fosse un'ossatura senza carne ⁽⁵⁾. Spettava perciò alla società prendersene cura, ossia rimpolparla, può ben darsi che lo facesse diversamente da come l'avrebbe fatto il legislatore, se è vero che, come aveva ricordato Portalis in uno dei suoi solari interventi preliminari, « les codes des peuples se font avec le temps; mais, à proprement parler, on ne les fait pas » ⁽⁶⁾. Ragione per cui può senz'altro capitare che alla fine il messaggio, così arricchito (ma altri diranno: manomesso, stravolto oppure dirottato) dalla società, procedesse in una direzione che il legislatore non aveva potuto anticipare. Lo ha confessato candidamente una volta Raymond Saleilles quando ricordò che il

⁽⁵⁾ J.-F. LAÉ, *L'ogre du jugement. Les mots de la jurisprudence*, Paris, Stock, 2001, p. 215. Oppure una 'conchiglia vuota', come ha suggerito R. Sacco (riferendosi però al diritto di proprietà) in *Codificare: modo superato di legiferare?*, in « Rivista di diritto civile », 29 (1983), Parte prima, pp. 117-135, 129.

⁽⁶⁾ Discutendosi davanti al Corps législatif il progetto di codice del 12 agosto 1800 (anno VIII), Portalis interferì con memorabili interventi una decina di volte. Solo il primo, quello appunto del 12 agosto, intese spaziare su tutto il progetto e presentarlo ufficialmente al parlamento, ragione per cui già allora fu chiamato *Discours préliminaire* (testo in P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1827, I, pp. 463-523, il frammento citato 476. Analoghe riflessioni sui cambiamenti testuali provocati dal fluire del tempo ivi, p. 469). Tutti gli altri interventi si occuparono invece di singoli capitoli del *Code*, ma li trattarono sempre anche in un contesto generale (vedi FENET, *Recueil complet*, cit., VI, pp. 33-52, 243-273, 344-363; IX, pp. 138-181, 112-134; XIV, pp. 108-150, 535-548). L'ultimo, quello del 19 marzo 1804 (ivi, I, p. XCII-CIV) verté sui controversi temi trattati dalla nota legge del 21 marzo 1804. Contestualizza utilmente il *discorso preliminare* S. Solimano in un intervento, che cito *infra*, alla nota 25.

Code civil del 1804 durante l'Ottocento era altresì divenuto « le Code de la bourgeoisie, sans le savoir et sans le vouloir » (7).

Precisato così il concetto e prima di ragionare sulle conseguenze pratiche del diverso approccio alla storia del codice, che suggerisce di privilegiare, ecco qualche ulteriore ragguaglio preliminare, del quale sarà bene tener conto.

a) Raggia, al centro di questa nostra storia, la *società*, quella società civile, che può essere indicato ritenere dapprima *codificante*, più tardi *codificata*. Specchio a tutta prima delle speranze, più tardi degli esiti concreti. E perciò variamente presente dall'inizio alla fine dell'itinerario: quando sfruttando i canali politici (e specialmente quelli parlamentari) ne promuove (e condiziona) l'elaborazione, come quando più tardi — una volta entrato in vigore — lo metabolizza. Tutto questo è ampiamente scontato: se il codice è un messaggio, la società ne sarà il destinatario naturale. Già perché nel suo grembo insorgono quelle controversie, che un codice civile tenta ovvero di prevenire, ovvero di risolvere. Toccherà dunque ad essa prenderlo in consegna e misurarlo, ossia appurarne la valenza. Ma come? Certo non sollecitando risposte plebiscitarie o affidandosi a responsi oracolari. Ma dando voce a quelle autorità o singole persone, alle quali per competenza professionale, per esperienza o in sequela a un incarico ufficiale spettava di pronunciarsi autorevolmente: dunque giudici di tutte le istanze, avvocati, professori, studiosi, notai, mediatori, *pacificatores*, arbitri, parlamentari, consiglieri e consulenti, tanti essendo da sempre gli itinerari battuti da coloro, *quibus permissum erat iura condere* (8). Quanto poi alla natura dei

(7) R. SALEILLES, *Le Code civil et la Méthode historique*, in *Le Code civil 1804-1904. Livre du Centenaire*, Paris, Édouard Duchemin, 1969, I, pp. 95-129, la citazione a p. 115.

(8) Così (letto comunque in modo estemporaneo) GAIUS, *Institutiones*, I, 7. Su tutti questi personaggi, sul loro modo di rapportarsi e di incidere sulla realtà giuridica, vedi ora R.C. VAN CAENEGEM, *I signori del diritto. Giudici, legislatori e professori nella storia europea*, a cura di M. Ascheri, Milano, Giuffrè, 1991. Purtroppo sempre ancora in pericolo di venir dimenticato, perciò ricordato esplicitamente qui, A.B. SCHWARZ, *Der Einfluss der Professoren auf die Rechtsentwicklung im Laufe der Jahrhunderte*, in *Id., Rechtsgeschichte und Gegenwart. Gesammelte Schriften zur Neueren Privatrechtsgeschichte und Rechtsvergleichung*, a cura di H. Thieme e F. Wieacker, Karlsruhe, C.F. Müller, 1960, pp. 181-205.

loro *statements*, di tutte quelle esternazioni/dichiarazioni attestanti lo stato del diritto realmente applicato e consegnate a sentenze, perizie, manuali, commentari, messaggi, rapporti, lodi arbitrali, contratti e quant'altro mai, conviene ribadire l'aurea frase giovannea: non pretendevano di essere la luce, ma aspiravano almeno a testimoniare. Fermo comunque restando che i loro autori, generalmente vicini alle (quando non discendenti dalle) classi colte già affermate oppure solo emergenti e già per questo motivo abituati a servirsi del diritto anche per controllare la società, erano poi comprensibilmente tentati di non scordarsene formulando le loro 'risposte'. Le quali, anche se accettate, perciò operative, non sempre fecero l'unanimità. Se furono occasionalmente relativizzate da critiche o fulminate da stroncature, proprio per questo motivo: perché su di esse si riverberava inevitabilmente, talora con discrezione, altre volte però scortemente, l'instirpabile conflittualità di una società antagonista ⁽⁹⁾.

b) Alla monomania tipica del positivismo giuridico, all'equiparazione che implicitamente suggeriva fra il testo del codice regolarmente entrato in vigore e la realtà normativa ⁽¹⁰⁾; a questa comoda e speditiva parificazione, dietro alla quale si agitava lo spettro dell'autoritarismo statale; a chi si lasciava tuttora sedurre dalla forza taumaturgica della legge, la proposta di vedere nel codice proprio solo un messaggio contrappone una verità semplice, ma liberatoria. Per essa ogni codice riflette un *bipolarismo* caratterizzato da due storie, distinte ma collegate. Quella dell'elaborazione (domi-

⁽⁹⁾ Da sempre insisto su questa decisiva 'dipendenza'. Dimenticarla, o non rendersene conto, può essere comodo, già perché semplifica le cose. Ma il rischio, che in questi casi si corre, è quello di raccontare una storia sì 'pulita', ma anche del tutto immaginaria. Così ad esempio già nella « Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte », 23 (2001), p. 295; P. CARONI, *Il codice rinviato. Resistenze europee all'elaborazione e alla diffusione del modello codicistico*, in *Codici. Una riflessione di fine millennio*, cit., pp. 263-307, p. 305; ID., *Per una storia finalmente sociale del codice*, in *Tavolarotonda 1. Conversazioni di storia delle istituzioni politiche e giuridiche dell'Europa mediterranea*, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 39-40, 47; ID., *Quando si esaurisce il ciclo delle 'redazioni': l'emersione del codice nel XIX secolo*, in *El dret comú i Catalunya*, Actes del XI Simposi Internacional Barcelona, 20-22 de maig de 2004, *De la redacció a la codificació del Dret*, a cura di A. Iglesia Ferreirós, Barcelona, Associació Catalana d'Història del Dret, 2005, pp. 283-301, specialmente 293; ID., *La solitudine*, cit., pp. 80-83, 132 e ss., 208-209.

⁽¹⁰⁾ CARONI, *La solitudine*, cit., p. 138 e ss.

nata dall'ottica del mittente) e quella dell'attuazione (all'insegna dell'ottica del destinatario). Due storie, che solo uno *sguardo binario* ⁽¹¹⁾ riesce a percepire e rettamente valutare.

c) Chi evoca il bipolarismo allude alla necessità di non trattare separatamente le due storie, ma di considerarle segmenti di una stessa traiettoria, che vanno perciò valutati in una prospettiva comune. A farne le spese sarà ovviamente la *prima storia*, quella che descrive l'*iter* affrontato dal testo e si conclude — come tutti sanno — sempre trionfalmente, ossia con la ratifica parlamentare e la messa in vigore. Coltivata a lungo assiduamente già perché lineare nei temi, traboccante di documentazione, non raramente gonfiata dalla promessa di utili ricadute politiche e in questo senso gratificante, sarà ora necessario *ridimensionarla*, magari anche sdrammatizzarla, massime tenendo conto sia del taglio interlocutorio delle sue proposte, che della unilateralità di molti dei suoi materiali. Come si vedrà.

d) Ne uscirà in compenso alla grande la *seconda storia*, quella di una società, che il codice — oramai operativo — non lo subisce quale contraccolpo indigesto, ma lo accoglie, meglio ancora se ne impadronisce. Il che significa: se lo aggiusta in vista di conferirgli quello specifico taglio, quella specifica misura, che ne agevoleranno poi l'implementazione. Solo questa seconda storia, che ci siamo anche noi abituati a chiamare *Wirkungsgeschichte*, ci parlerà del destino affrontato e vissuto dal codice a contatto con gli antagonismi sociali, ci indicherà quante e quali delle sue previsioni e delle sue speranze si sono avverate, ci permetterà finalmente di valutarne il successo. Non dunque in sequela ad un *automatismo*, ossia ritenendo comunque sacrosanti i suggerimenti del legislatore o implicitamente messe in atto le parole del suo testo, ma appurando caso per caso grado e modalità della loro realizzazione.

e) Accertato così il prevalere di questa seconda storia, va apprezzata la lungimiranza di tutti quei legislatori, che per aver tempestivamente intuito la vera natura del codice, per averlo implicitamente già ritenuto solo un messaggio ⁽¹²⁾, e giocando così

⁽¹¹⁾ Così già in CARONI, *Per una storia finalmente sociale*, cit., pp. 46-47.

⁽¹²⁾ Può ben darsi che l'esempio più convincente di una tale lungimiranza risulti dalla storia della codificazione giusprivatistica in terra elvetica. O almeno questa sembra sia stata la convinzione di François Génys; in una lettera a Raymond Saleilles del 16 marzo

astutamente d'anticipo, ritennero senz'altro acquisito il diritto dei destinatari di assestarsene il contenuto. Al quale corrisposero puntualmente: chi dilatando occasionalmente lo spazio dell'apprezzamento giudiziale, chi proponendo alternative alle soluzioni legislative e spronando i destinatari a farvi capo, chi permettendo loro in via eccezionale di non tener conto di una determinata regola o chi finalmente sollecitando istanze inferiori a disciplinare contenziosi locali, per loro natura poco familiari al legislatore. Fu una strategia generalmente vincente⁽¹³⁾, e non a caso. Se da un lato riconosceva la libertà del destinatario vis-à-vis della proposta del codice, d'altro canto ne favoriva un esercizio per così dire corretto e disciplinato, ossia — come si diceva allora — 'incanalato', cioè tendenzialmente conforme alle speranze e alle previsioni del codificatore.

Riassumo il significato di questi primi, rapidi accertamenti.

Nel codice confluiscono due storie, distinte ma collegate.

1902, da poco nota, riassunse il suo esame dell'*Avamprogetto* del Codice civile svizzero, pubblicato il 15 novembre 1900, con queste parole: « Malgré tout, je n'arrive pas à être maître du système de l'Avant-projet suisse comme je crois avoir saisi celui du Code civil allemand. Cela n'est pas bien étonnant, étant donné la méthode législative de M. Huber. Pour lui le droit n'est vraiment complet que par son application aux faits de la vie. Le juge coopère donc nécessairement à sa création et le législateur ne peut que donner des directions, qui, forcément et sciemment incomplètes, doivent donc rester imprécises. Cela me paraît absolument exact, scientifiquement parlant, et, je pense, aussi pour la vie pratique. Mais une pareille conception interdit toute prétention à comprendre pleinement le droit avec les textes, puisqu'il ne sera vraiment réalisé que par son application » (*Lettres de François Gény à Raymond Saleilles. Une trajectoire intellectuelle 1892-1912*, a cura di C. Jamin, F. Audren e S. Bloquet, Paris, LGDJ, 2015, p. 381).

⁽¹³⁾ Appare scontato ammettere, anche in sequela alla testimonianza rivelata dalla nota precedente, che il Codice civile svizzero del 1907 abbia davvero tenuto conto di tutte queste variegate modalità di intervento da parte dei destinatari. Ne era ovviamente convinto il legislatore stesso (E. HUBER, *Recht und Rechtsverwirklichung. Probleme der Gesetzgebung und der Rechtsphilosophie*, Basel, Helbing und Lichtenhahn, 1921, pp. 250-253), suffragato da conferme recenti (P. CARONI, *Il mito svelato: Eugen Huber*, in « Rivista di diritto svizzero », NS 110, 1991, I, pp. 381-419, specialmente 408 e ss.; Id., *Privatrecht im 19. Jahrhundert. Eine Spurensuche*, Basel, Helbing und Lichtenhahn, 2015, p. 31 e ss., 39 e ss., 234-240). Ma il primato in punto ai rinvii del codice a regole settoriali esterne spetta notoriamente all'ABGB austriaco, come ha riassunto recentemente W. BRAUNEDER, *Österreichs Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB). Eine europäische Privatrechtskodifikation, I, Entstehung und Entwicklung des ABGB bis 1900*, Berlin, Duncker & Humblot, 2014, pp. 205-227, 290-296.

Protagonista delle due non è il codice — come spesso crediamo — *ma la società*. Una società che dapprima segnala a chi di dovere il desiderio di nuove regole, più tardi le accoglie e le assimila. Della prima storia sappiamo (quasi) tutto, della seconda poco o nulla. Ma se nel codice vediamo un messaggio, come si suggerisce in questo scritto, *implicitamente valutiamo*. Premiamo perciò la seconda storia, perché solo essa svela il destino concreto delle regole sancite dal codice. Va perciò affrontata con determinazione. Quanto le distingue, queste due tappe, ricorda il destino della munizione, che il cacciatore accurato si procura in vista della prossima partita di caccia. Potrei allestirne una storia, gonfiarla con un mare di dati tecnici, fiorirla con aneddoti vari ed altro ancora. Ma non saprei ancora nulla — se mi accontentassi di ciò — di tutto quello che l'*impiego* della munizione ha reso possibile, rispettivamente provocato. In altre parole: mi resterebbe tuttora ignoto il *clou* della storia.

L'ho ricordato poco fa ⁽¹⁴⁾: mi ero già più volte avvicinato a questo modo di interrogare il passato, ma non avevo ancora scoperto l'utilità pratica di quell'idea, che vede (anche) nel codice un messaggio. E che pensarne ora? In fondo potrebbe trattarsi di un abbaglio, di « un errore provocato da un grosso equivoco », come recita il vocabolario. Appare perciò prudente metterla alla prova, questa nuova 'certezza', discuterla affrontando temi tradizionalmente controversi della storia della codificazione e dei codici, verificare se contribuisce a risolverli o non arruffa magari ulteriormente la matassa. Sarebbe troppo volgare chiedere a cosa serva; ma è lecito sperare che ci permetta almeno di vedere più nitidamente, quindi anche di capire meglio.

3. *Aggrapparsi alle parole.*

Iniziamo dunque da quelle storie, che tutte orbitano attorno al testo di un codice, così come fu fissato dall'autorità legislativa in capo alla relativa procedura. A molti autori le parole — con tutto quanto sanno evocare o almeno suggerire — generalmente bastano. Vi si aggrappano, se ne nutrono, le blandiscono, così come suonano;

⁽¹⁴⁾ V. *supra*, nota 4.

ne esplorano le periferie, ne dissodano i contesti, le associano ai loro discorsi, talora piani, altre volte sbrigliati. Fanno cioè quanto loro aveva suggerito Eugène Guillevic, che in tema di *mots* la sapeva lunga; se è vero che incitava gli autori « à les laisser parler, mais, / sans qu'ils se méfient, / leur faire dire plus qu'ils ne veulent, / qu'ils ne savent » (15). Mi accontento qui di qualche esempio, proprio solo per documentare la varietà di questi approcci.

a) Taluni storici, e sono tradizionalmente i più numerosi, si sono votati alla ricostruzione dell'itinerario di un progetto codificatorio, dal momento in cui fu timidamente ventilato fino alla sanzione regia o all'approvazione parlamentare e all'entrata in vigore. Fra tutte le storie ipotizzabili, questa è certamente la più corrente e la più frequentata, già perché — lo abbiamo visto — garantisce allo storico un accesso comodo a una documentazione generalmente esuberante. Storia vincente per definizione, passa spesso e volentieri sotto silenzio le ragioni dei vinti. Le considera ostacoli da sgombrare per rendere più scorrevole il flusso del racconto, perciò raramente meritevoli di ulteriore riflessione. Ragione per cui ne esce di regola il resoconto levigato e scorrevole di una progressione inarrestabile, speculari all'epilogo, perciò inevitabilmente *trionfale* (16). I codici dei nostri paesi furono spesso al centro di 'storie' confezionate secondo queste inclinazioni, semplicemente alludervi può dunque anche bastare.

b) Altri storici furono piuttosto attratti dalle *ascendenze teoriche* e *giusfilosofiche* dei codici moderni, quindi anche dalle inevitabili implicazioni ideologiche tipiche di ogni *Entstehungsgeschichte*. Grazie alle loro ricerche conosciamo oggi meglio di ieri il debito contratto dall'istanza codificatrice moderna con l'umanesimo giuridico, il giusnaturalismo, l'assolutismo politico e l'illuminismo

(15) Così un poema di Eugène GUILLEVIC (1907-1997) dalla raccolta *Inclus*, Paris, Gallimard, 1973.

(16) CARONI, *La storia della codificazione e quella del codice*, cit., p. 58 e ss.; ID., *Privatrecht im 19. Jahrhundert*, cit., p. 5, 61-62. Sul destino delle ragioni dei vinti e sulla necessità di tenerne conto ragionando sul passato ID., *La solitudine*, cit., pp. 78-79, 142, 201-203, 208-209. Fu salutarmente contro corrente, ma rimase altresì isolato, lo scavo di T. VORMBAUM, *Sozialdemokratie und Zivilrechtskodifikation. Berichterstattung und Kritik der sozialdemokratischen Partei und Presse während der Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuches*, Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1977.

giuridico ⁽¹⁷⁾. E ci rendiamo perfettamente conto sia delle numerose aporie di queste storie, che delle talvolta azzardate acrobazie argomentative degli storici, destinate ad addomesticarle. Lo documentano in modo ineccepibile le ricerche pubblicate pochi anni fa, celebrandosi il bicentenario dei grandi codici ‘giusnaturalistici’. Piazzati com’erano fra vecchio e nuovo ordine di cose, ALR, *Code* e ABGB dovevano inevitabilmente tener conto di attese non sempre univoche e spesso difficilmente conciliabili. Il che spiega sia la natura, che la vivacità del relativo dibattito ⁽¹⁸⁾.

c) Altri ancora rincorsero le *ascendenze materiali*, interrogarono cioè il passato alla ricerca dell’origine (ma spesso preferiscono incautamente dire delle ‘radici’ ⁽¹⁹⁾) di istituti e regole che il codice, apparentemente mimandoli, avrebbe inteso confermare. Quando, come ancora nel secolo scorso, il destino di cattedre universitarie poteva dipendere dall’esito di tali ricognizioni, questo approccio era tanto fiorente quanto problematico. I codici venivano allora sezionati senza pietà e storici del diritto di diverso orientamento scientifico rivendicavano i frammenti più consistenti, per farne poi oggetto sia delle loro ricerche, che del loro insegnamento accademico. Alla fine ognuno spiegava *qualcosa* della storia del codice, ma nessuno tentava di afferrarne storicamente *il tutto*, quindi di corrispondere a quell’unità, che il codice implicitamente segnalava. Con quale

⁽¹⁷⁾ Un’eccellente visione d’insieme la offre, nella sua Postfazione alla raccolta *Prudentia legislativa. Fünf Schriften über die Gesetzgebungsklugheit aus dem 17. und 18. Jahrhundert*, il curatore Heinz Mohnhaupt (München, C.H. Beck, 2003, pp. 459-495).

⁽¹⁸⁾ Esempio del dibattito tedesco sull’ALR prussiano del 1794, già perché arricchito da nomi prestigiosi quali R. Koselleck, G. Birtsch, H. Mohnhaupt, D. Willoweit, H. Hattenhauer, A. Schwennicke, R. Vierhaus, P. Krause, J. Eckert, G. Kleinheyer e P. Landau, ai quali vanno comunque aggiunti autori, che operano al di fuori dell’ambito germanofono, ad es. D. CANALE, *La costituzione delle differenze. Giusnaturalismo e codificazione del diritto civile nella Prussia del ’700*, Torino, Giappichelli, 2000; ID., *Dagli stati della persona alle persone dello Stato. Wolff e le origini sistematiche dell’ALR prussiano del 1794*, in « Materiali per una storia della cultura giuridica », 28 (1998), pp. 158-212; M. HERNÁNDEZ MARCOS, *Tras la luz de la ley. Legislación y justicia en Prusia a finales del siglo XVIII. Un modelo de la ilustración jurídica*, Madrid, Dykinson, 2017.

⁽¹⁹⁾ Il che non è sempre innocuo, come sanno bene gli antropologi. Ce lo ricorda ad es. M. BETTINI, *Contro le radici. Tradizione, identità, memoria*, Bologna, il Mulino, 2011, *passim*.

scorno per i discenti, comprensibilmente ancora incapaci di rielaborare per conto loro esiti tanto frammentari, non è difficile immaginare ⁽²⁰⁾. Oggi, sull'onda della globalizzazione, che tutti prima ci allinea e poi tenta di inghiottirci senza pietà ⁽²¹⁾, gli spiriti si sono un po' calmati. Così ci siamo finalmente accorti, che già più di un secolo fa il singolare codificatore di un paese mai retto dal sistema del diritto comune, perciò poco incline a lasciarsi ammaliare da ascendenze chiacchierate, dichiarava candidamente di scegliere le regole da inserire nel suo codice non in base alla nobiltà delle origini, ma in sequela alla loro utilità pratica attuale ⁽²²⁾.

Se ciò malgrado l'abitudine di ribadire le scaturigini del codice, e in questo senso di rivendicarne una storicità primordiale, tuttora regge, lo dobbiamo alla tenacità di molti romanisti. Per loro, come si sa, ogni occasione serve per sottolineare, più spesso ancora celebrare, l'indiscussa e sempiterna radice romanistica dei codici civili, massime di quelle regole, che sono destinate a disciplinarne i rapporti obbligatori. Il che suona alle mie orecchie come un'omologazione temeraria ⁽²³⁾, sulla quale tenterò di ragionare quando,

⁽²⁰⁾ Ho tentato di dimostrare l'antistoricità di questo atteggiamento altamente diseducativo in *Quale storia per il diritto ingabbiato dal codice?*, ora in P. CARONI, *Saggi sulla storia della codificazione*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 165-199.

⁽²¹⁾ Da tener presente G. CAZZETTA, *Codice civile e identità giuridica nazionale. Percorsi e appunti per una storia delle codificazioni moderne*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 143: «È bene ricordarlo ancora oggi di fronte a una globalizzazione che, azzerando i confini e appiattendolo il tempo, e cancellando spesso la memoria del passato, pare quasi voler offrire una risposta universale e definitiva del giuridico al sociale, una risposta oramai dimentica della storicità del diritto».

⁽²²⁾ Il lettore avrà agevolmente intuito che anche qui si allude a Eugen Huber (1849-1922) e al 'suo' Codice civile svizzero, varato dal parlamento federale nel dicembre del 1907 ed entrato in vigore a inizio 1912. Maggiori dettagli su quanto si afferma nel testo svela il legislatore stesso quando ragiona sugli esiti delle moderne ricerche 'germanistiche' (vedi HUBER, *Recht und Rechtsverwirklichung*, cit., p. 448), altri (decisivi) si leggono in P. LIVER, *Einleitung*, in *Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Einleitungsband*, Bern, Stämpfli, 1962, pp. 39-44; dello stesso autore insuperata rimane la lezione d'addio, dedicata proprio a questi temi: *Deutsches Privatrecht. Letzte Vorlesung*, in «Rivista di diritto svizzero», NS 90 (1971), I, pp. 369-384.

⁽²³⁾ CARONI, *La solitudine*, cit., p. 73 e ss.; ID., *Privatrecht im 19. Jahrhundert*, cit., p. 12, 54-55, 209-210.

poco prima di concludere, tenterò di capire se i codici hanno davvero cambiato qualcosa ⁽²⁴⁾.

d) Ovviamente non mancano gli storici letteralmente sedotti dall'*ordine sistematico* sotteso al codice e lusingati dalle prospettive (ma potremmo anche dire dalle conquiste) che prometteva. Lo affermo pensando al modo razionale, ordinato, logico e in questo senso *nuovo* di disporre materiali ora astratti, perché preventivamente sottratti al loro *humus* prerivoluzionario e liberati dai condizionamenti che ne derivavano; alla loro progressiva suddivisione in libri, sezioni, capitoli, paragrafi e articoli ed a quanto così facendo veniva ovvero solo segnalato, ovvero implicitamente permesso; ma pure all'immagine di fondo che ne risultava, quella dell'esattezza (rispettivamente della precisione), ad esempio nella versione suggerita dalla metafora dell'orologio, notoriamente accarezzata dal sovrano assoluto ⁽²⁵⁾. Spuntarono dunque storie davvero nuove, poiché finalmente improntate a tutto ciò: talune intente a sviscerare il discorso logico dei codici ⁽²⁶⁾, altre a ragionare su quanto la legge dell'interdipendenza permetteva di scoprire, a elaborare le strategie destinate a colmare con precisione geometrica le lacune del codice o a spiegare quegli improvvisi e imbarazzanti silenzi, che il diritto

⁽²⁴⁾ V. *infra*, pp. 100-102.

⁽²⁵⁾ Così ad es. da Federico II di Prussia (*Dissertation sur les raisons d'établir ou d'abroger les lois*, in *Œuvres complètes de Frédéric II, Roi de Prusse*, Berlin, 1792, tome VI, pp. 89-122, specialmente 109, 119), ma anche da Napoleone, quando ragionava ad alta voce sulla 'missione' dei giudici, vedi l'eccezionale frammento citato da S. SOLIMANO, *L'edificazione del diritto privato italiano: dalla Restaurazione all'Unità*, in Accademia nazionale dei Lincei, Atti dei Convegni lincei 221, *Il bicentenario del Codice napoleonico*, Roma 20 dicembre 2004, Roma, Bardi, 2006, pp. 55-88, specialmente pp. 59-60, nota 11. Sulla metafora dell'orologio, rispettivamente sull'idea di precisione che suggerisce, v. anche C. SCHOTT, *Einfachheit als Leitbild des Rechts und der Gesetzgebung*, in «*Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte*», 5 (1983), pp. 121-146, specialmente 133.

⁽²⁶⁾ Inevitabile qui il riferimento all'opera di J. RAY, *Essai sur la structure logique du Code civil français*, Paris, Félix Alcan, 1926. Ma vedi anche E. BOUTMY, *Des rapports et des limites des études juridiques et des études politiques*, in «*Revue internationale de l'enseignement*», 17 (1889), pp. 217-238, specialmente 222-223 (che ho già commentato in *La storia della codificazione e quella del codice*, cit., p. 67).

dell'ancien Régime — se non più loquace, certamente più concreto — ancora non conosceva ⁽²⁷⁾.

e) Sarebbe finalmente imperdonabile dimenticare tutti quegli autori, che hanno analizzato il testo del codice da un'angolazione *giuspolitica* e, forti degli accertamenti così ottenuti, hanno poi formulato rilievi critici. Già perché qui ci imbattiamo in veri e propri luminari della storiografia giuridica. Cito qualche esempio recente, per essere sicuro di non venire frainteso

Penso *dapprima* alle numerose ricerche di André-Jean Arnaud sul *Code civil* del 1804, massime al suo originalissimo affondo del 1973, che aveva sottoposto il testo del codice ad una severa lettura (rispettivamente ad un *décodage*) di ispirazione strutturalista ⁽²⁸⁾. Una primizia, se si vuole, che colse impreparati moltissimi storici del diritto e che sfociò in un'aperta denuncia. L'autore accusò infatti il codice di aver organizzato un gioco che, prima o poi, avrebbe trasformato l'umanesimo giuridico dell'ordine borghese — rivendicato inizialmente — in pura e semplice repressione. Come a dire: a lungo andare rinasceva così « quasi più credibile di prima, l'immagine autoritaria e intimidatoria del monumento » codice ⁽²⁹⁾.

Mi piace *poi* ricordare i molti contributi di Xavier Martin sulla prima storia del *Code*, quella conclusasi con la sanzione finale, rispettivamente con la legge del 21 marzo 1804. Proprio per questo motivo esclusivamente imperniati sulle « convictions et intentions des rédacteurs du Code civil » ⁽³⁰⁾, aspiravano a parlarne senza far ricorso a quella reboante mitologia, che finora spesso ne aveva

⁽²⁷⁾ Penso ad esempio al rigoroso silenzio dei primi codici civili in punto all'esistenza, alla consistenza e al destino di tutte quelle imparità materiali, che la società borghese aveva ereditato da quella prerivoluzionaria. Che ho tentato di spiegare in P. CARONI, *Escritos sobre la codificación*, Madrid, Dykinson, 2012, p. XIV-XV; Id., *Quando il codice arriva a destinazione*, in « Quaderni fiorentini », 46 (2017), p. 883 e ss., 894-895.

⁽²⁸⁾ A.-J. ARNAUD, *Essai d'analyse structurale du Code civil français. La règle du jeu dans la paix bourgeoise*, Paris, LGDJ, 1973, *passim* e specialmente pp. 6-7, 11 e ss., 34 e ss., 55 e ss., 149-151, senza perdere di vista le recensioni di M. Brutti nei « Quaderni fiorentini », 3-4 (1974-1975), pp. 763-799 e di M. Sbriccoli in « Politica del diritto », 4 (1973), pp. 551-562.

⁽²⁹⁾ Così M. Sbriccoli nella sua recensione (nota 28), p. 553.

⁽³⁰⁾ X. MARTIN, *Mythologie du Code Napoléon. Au soubassements de la France moderne*, Bouère, Dominique Martin Morin, 2003, p. 10. Notevole la recensione di A. DUFOUR, *Code civil et démythologisation*, in « Catholica », 2004, 84, pp. 106-110.

accompagnato l'elaborazione ⁽³¹⁾. Il che propiziò interpretazioni apertamente dissacratorie, ad esempio quella sul classico tema dell'autonomia della volontà ⁽³²⁾.

Concludo con un rapido accenno all'assolutismo giuridico apparentemente instaurato dai codici e descritto esemplarmente nell'omonima pubblicazione di Paolo Grossi del 1998 ⁽³³⁾. Il termine evoca talune drastiche conseguenze della codificazione del diritto, che l'autore valutò tutte negativamente ⁽³⁴⁾. Il codice avrebbe infatti soppiantato il tradizionale pluralismo delle fonti, finora preponderantemente consuetudinarie (nel doppio significato canonizzato da Savigny ⁽³⁵⁾), loro contrapponendo un rigido monismo legislativo. Ossia una dittatura a dir poco soffocante, perché *umiliava* il giudice, rispettivamente l'interprete, abituati finora a destreggiarsi creativamente fra i reperti storici del diritto comune classico; *esautorava* la società, poiché ne disconosceva il diritto di autogovernarsi; e finalmente *pretendeva* di disciplinare, persino mettere sotto tutela i privati, quando condizionava la loro autonomia e ne canalizzava l'esercizio, per garantirne la sintonia con i progetti del legislatore.

⁽³¹⁾ Di questo prolifico autore è utile conoscere, oltre alla raccolta di articoli segnalata nella nota precedente, anche il saggio *L'insensibilité des rédacteurs du Code civil à l'altruisme*, in «Revue historique de droit français et étranger», 60 (1982), pp. 589-618. Un utile reperto bibliografico sta inoltre in SOLIMANO, *L'edificazione*, cit., p. 66 nota 24.

⁽³²⁾ MARTIN, *Mythologie*, cit., p. 447 e ss.; ID., *L'insensibilité*, cit., p. 610 e ss.

⁽³³⁾ P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998. Questa silloge comprende 12 saggi pubblicati fra il 1988 e il 1998. Ma le tesi sull'assolutismo dei codici poi divenute canoniche furono in realtà anticipate nell'essenziale *Introduzione* al volume collettaneo *Storia sociale e dimensione giuridica. Strumenti d'indagine e ipotesi di lavoro*. Atti dell'incontro di studio Firenze, 26-27 aprile 1985, Milano, Giuffrè, 1986, pp. 5-19, e specialmente 8, 12, 14-16, 18.

⁽³⁴⁾ GROSSI, *Assolutismo giuridico*, cit., *passim* e specialmente 4, 127-128, 264-265, 328, 359-360. Ha tosto condiviso il giudizio negativo B. BRAVO LIRA, *Codificación y derecho común en Europa e Hispanoamérica. Disociación de los derechos nacionales del derecho común*, in B. BRAVO LIRA, S. CONCHA MÁRQUEZ DE LA PLATA, *Codificación y Descodificación en Hispanoamérica*, Santiago de Chile, 1999, pp. 17-44, specialmente 40-44.

⁽³⁵⁾ F.C. v. SAVIGNY, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, Mohr und Zimmer, 1814, pp. 13-14 (e nella recente elegante versione italiana di M. Peretti, che si legge in G. MARINI, A.F.J. Thibaut-F.C. Savigny. *La polemica sulla codificazione*, Napoli, ESI, 1982, p. 101).

Mi fermo qui e cerco di riassumere. Ho passato in rassegna ricerche uscite dalla penna di validissimi, persino già famosi storici del diritto. Avrei potuto allegarne altre, ma non è il caso di insistere. Narrano tutte, e lo fanno magistralmente, storie diverse e difficilmente comparabili, non si può nasconderlo. Ma hanno ugualmente qualcosa in comune: furono tutte pensate e raccontate da autori incantati dal laconismo dei codici, stregati dal gioco delle loro parole, perciò tutti — chi più, chi meno — anche tentati di considerarle realtà viva e operante, grazie a un automatismo tanto fortunato, quanto occulto ⁽³⁶⁾. Accontentarsene, aggrapparvisi non era per loro né un rischio, né una provocazione, ma ribadiva una logica, rifletteva una certezza. Se ne denunciavano le (comunque sempre numerose) ‘malefatte’, quelle ad esempio che ho appena ricordato, proprio solo ricamandovi attorno. Bastava in fondo squadrarle controluce, le parole, per scoprirne (e biasimarne) l’occasionale malvagità.

Chi invece vede (anche) nel codice (solo) un messaggio, questa certezza la considera prematura o frettolosa, non potrà più dividerla. Si interroga piuttosto sul destino, al quale andò incontro il codice una volta entrato in vigore. Ragione per cui *guarda oltre* ⁽³⁷⁾, sposta l’angolo visuale, punta l’obiettivo sul dopo-codice. Può dunque osservare come la società lo accolse e lo addomesticò, come se ne servì per poi finalmente cavargli quelle soluzioni, delle quali aveva bisogno. E come fece tutto ciò con grande naturalezza, senza chiedere il permesso a nessuno e senza bussare a nessuna porta.

Ma a ben vedere urge *andare oltre* già per altri e più impellenti motivi, ossia perché costrettivi dall’esperienza. Grazie alla quale sappiamo che il tempo non è un esecutore testamentario ⁽³⁸⁾, e che dunque nulla nel dopo-codice è scontato. Basterebbe riflettere sul seguito, che la società riservò alle molte e belle promesse dell’illu-

⁽³⁶⁾ Considerazioni critiche su questa (problematica) equazione fra testo del codice e realtà normativa, nonché sull’automatismo sottosovi, in CARONI, *La solitudine*, cit., p. 136 e ss. e già *supra*, p. 62. Aiutano magari a distinguere fra vigenza formale e attualità materiale, o almeno a farlo con maggiore circospezione, i ragionamenti ‘paralleli’ di A. LOVATO, *Del buon uso del diritto romano*, Napoli, Satura, 2012, pp. 42-46, 56, 114 e ss.

⁽³⁷⁾ Così già CARONI, *Per una storia finalmente sociale*, cit., p. 46.

⁽³⁸⁾ Ivi, pp. 37-38.

minimo giuridico — nelle quali a lungo vedemmo colonne del moderno diritto privato — per convincersene: fu occasionalmente modesto, come si sa, già perché condizionato dalle forze, che agitavano la società, quelle ‘pilotate’ dal mercato prima di altre.

Chi dunque accompagna il codice nel suo viaggio e osserva cosa succede quando viene dapprima intercettato, più tardi risucchiato dalla conflittualità sociale, scopre che è altresì giunto il momento di scagionarlo. Accusarlo di questo o quel disservizio, come fanno spesso gli autori appena citati, significa sopravvalutarne clamorosamente la responsabilità, esagerarne la portanza. Persistere a ritenerlo la causa di derive che non condividiamo non è solo scorretto, ma anche altamente diseducativo, perché distoglie lo sguardo dall’essenziale, e l’essenziale non lo segnalano le parole, ma lo elabora e lo esprime chi le legge e le metabolizza, ossia — fuor di metafora — la società, quando di volta in volta, nel succedersi delle generazioni o nell’alternarsi delle congiunture (politiche, culturali, economiche) ne accerta il significato. Per questo motivo chi vede nel codice un messaggio dà per scontati tutti quei cambiamenti — né pochi, né marginali, come vedremo — provocati non da un’esplicita modifica legislativa, ma da una diversa lettura dell’intatto testo legale ⁽³⁹⁾.

Tutto questo spiega perché le risposte offerte dalle ricerche ora riassunte — che sono spesso esercizi di alta sapienzialità — oggi non ci ragguagliano più. Presuppongono domande, che non sono più le nostre. Ci lasciano perciò quasi sempre a bocca asciutta, vanno forse tutte relativizzate.

4. *Recuperare i codici irregolari.*

Ho parlato finora di codici senza preliminarmente definirli. Forte come mi sentivo di un consenso generale ovvio, quello che ci induce a chiamare *codice* almeno le leggi così ufficialmente intitolate, quand’anche magari lontane dalle nostre preferenze teoriche. A nessuno viene in mente di affermare che il Codice civile svizzero del 1907 non è un codice, perché manca di una parte generale e disloca

⁽³⁹⁾ Diffusamente sul punto *infra*, p. 93 e ss.

in altra sede il diritto delle obbligazioni ⁽⁴⁰⁾; oppure che anche il codice civile brasiliano del 2002 non lo è, poiché espunge di proposito le norme sulla difesa del consumatore, quindi non comprende tutte le materie giusprivatistiche (come pure dovrebbe) ⁽⁴¹⁾.

Nella prospettiva storica tutto è maledettamente più complicato. Perché una storia del concetto di codice c'è ed è importante. E noi non possiamo ignorarla, già perché in essa hanno voluttuosamente pescato (e pescano imperterriti tuttora) gli storici delle singole codificazioni nazionali. Con esiti — come vedremo — spesso discutibili. L'hanno ordita, fra il Cinque e l'Ottocento autori, che né si conobbero, né dialogarono, nei quali curiosamente vediamo tuttavia interpreti di una tradizione corale. Partendo ad esempio da François Hotman e senza dimenticare G.W. Leibniz, per poi approdare a J. Bentham e F.C. von Savigny. Ovviamente precursori i primi, protagonisti i secondi. Ai primi saremmo debitori di 'prefigurazioni', ai secondi di quello *statuto ontologico* ⁽⁴²⁾, nel quale si coagulerebbe l'essenza del codice. L'uso del condizionale segnala la mia incredulità: è un bel racconto, questo, ma del tutto immaginario. Proprio come lo era la *Scuola di Atene* raffigurata da Raffaello in Vaticano, poiché radunava pensatori di tempi e luoghi diversi attorno a Platone e Aristotele. Così anche i protagonisti della nostra

⁽⁴⁰⁾ Ha spiegato i motivi di questa scelta Eugen Huber, ossia il legislatore stesso, in *Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes*, Bern, Büchler & Co., 1914², I, pp. 22-25. Ma può essere utile ricordare che il Codice delle obbligazioni del 1911 è in realtà il quinto libro del Codice civile e contiene nella sua prima parte (art. 1-183) « Disposizioni generali » applicabili anche « ad altri rapporti di diritto civile » (CCS, art. 7).

⁽⁴¹⁾ Raccolte in una legge del 1990, non furono incluse nel nuovo codice. Approfondita analisi di questo fenomeno in J.P. SCHMIDT, *Zivilrechtskodifikation in Brasilien. Strukturfragen und Regelungsprobleme in historisch-vergleichender Perspektive*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009, pp. 225-298. L'autore ha approfondito magistralmente sia i motivi sociali, che quelli economici di questa strategia decodificatrice, che personalmente però non condivide (ivi, p. 148, 296-298).

⁽⁴²⁾ È questa un'espressione oggi corrente, che rinvia ad aspetti ritenuti irrinunciabili della nozione di codice. In questo senso ad es. R. FERRANTE, *Codice: appunti su "il" modello, i modelli, i fantasmi legislativi e l'utopia*, in « Materiali per una storia della cultura giuridica », 36 (2006), pp. 93-101, specialmente 94; ID., *Un secolo sì legislativo. La genesi del modello otto-novecentesco di codificazione e la cultura giuridica*, Torino, Giappichelli, 2015, p. 180.

storia: vissero in tempi e luoghi diversi e furono indotti a riflettere sul codice da situazioni tutt'altro che comparabili. E quando, eccezionalmente, furono coetanei o quasi, come nel caso di Savigny e Bentham, ne discettarono mossi da aspirazioni perfettamente contrapposte. Come ritenerli interlocutori di un dialogo plurisecolare, senza far sorridere? ⁽⁴³⁾

Eppure a noi, che veniamo dopo e che spesso non guardiamo per il sottile, questa storia, per immaginaria che sia, ugualmente serve. Già perché la consideriamo da sempre un « immenso calderone » ⁽⁴⁴⁾, dal quale estrarre i capisaldi di una (comunque polisemica ⁽⁴⁵⁾) teoria del codice. Potrebbero essere questi:

- la completezza, in tutte le sue varianti, esclusività compresa;
- il rifiuto di qualsiasi forma di eterointegrazione;
- l'ossessiva aspirazione all'unificazione teorico-sistemica, sociale e territoriale, dalla quale parve indicato dedurre l'assoluta, indiscutibile centralità del codice ⁽⁴⁶⁾.

⁽⁴³⁾ Tento di giustificare questo mio scetticismo in *Escritos*, cit., p. XV-XVIII. Del resto non l'hanno nascosto nemmeno altri autori: né J. Eibach, che in campo penalistico ha ironizzato sulla « gelehrte Höhenwanderung » di J. v. Schwarzenberg, B. Carpzov, C. Beccaria e P.J.A. Feuerbach (J. EIBACH, *Recht-Kultur-Diskurs. Nullum Crimen sine Scientia*, in « Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte », 23, 2001, pp. 102-120, la citazione a p. 106), né S. Soleil, che ha resistito con buoni motivi alla tentazione di considerare l'opera del giurista francese Claude Pocquet de Livonnières (1651-1726) solo quale tappa di un lungo itinerario unificatorio (S. SOLEIL, *Les magistrats de second rang et la formation du droit français. Les Règles du droit français de Claude Pocquet de Livonnières, conseiller au Présidial d'Angers*, in « Droits », 40, 2004, pp. 81-95, specialmente 94-95).

⁽⁴⁴⁾ Così apostrofa la storia dell'elaborazione del *Code civil* francese P. GROSSI, *Code civil: una fonte novissima per la nuova civiltà giuridica*, in « Quaderni fiorentini », 35 (2006), pp. 83-114, la citazione a p. 112.

⁽⁴⁵⁾ Rilievo ampiamente condiviso, vedi ad es. P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 85-86; F. ZENATI, *Les notions de code et de codification. Contribution à la définition du droit écrit*, in *Mélanges Christian Mouly*, Paris, Litec, 1998, pp. 217-253, specialmente 219; BRAUNEDER, *Entstehung und Entwicklung des ABGB bis 1900*, cit., pp. 172-173.

⁽⁴⁶⁾ Fra i numerosi autori, che ancora recentemente hanno ragionato su questi criteri, ognuno condizionato dalla propria precomprensione, perciò in viaggio per destinazioni diverse e attento a dettagli di volta in volta *altri* (il che arricchisce salutarmente il panorama e fa ritenere non del tutto adeguato il pessimismo di A. SPINOSA, « *Civili in diversissimo modo* ». *Modello napoleonico e tradizioni giuridiche*

Si poteva arrivare fino a qui e accontentarsi di questo primo, ma non dispregevole accertamento. Magari aggiungere, che nella realtà tutto poteva risultare meno nitido o lineare, e che comunque dietro a questi canoni identificativi si nascondeva pure il desiderio molto concreto di semplificare l'universo giuridico e di favorirne la visibilità ⁽⁴⁷⁾. Per concludere che grazie al dinamismo di questo nuovo ordine, al vecchio sistema delle fonti prima o poi ⁽⁴⁸⁾ sarebbe mancata l'aria. Ma invece di registrarne la scomparsa per atrofia, gli storici hanno di regola preferito imboccare un'altra strada e servirsi dello statuto ontologico del codice per distinguere e selezionare: misero da un canto i codici *veri*, chiamati così perché corrispondevano puntualmente alla definizione canonica — e qui troneggiavano da sempre i tre codici giusnaturalistici ⁽⁴⁹⁾ — e relegarono nell'altro

nazionali nell'Italia dell'Ottocento, Milano, Giuffrè, 2017, p. 32), vanno ricordati: A. CAVANNA, *La codificazione penale in Italia. Le origini lombarde*, Milano, Giuffrè, 1975, *passim*, specialmente p. 4, 103, 136 e ss.; ID., *La codificazione del diritto nella Lombardia austriaca*, in *Economia, Istituzioni, Cultura in Lombardia nell'età di Maria Teresa*, a cura di A. De Maddalena, E. Rotelli, G. Barbarisi, III, *Istituzioni e società*, Bologna, il Mulino, 1982, pp. 611-657, specialmente 638 e ss.; F. TERRÉ, *La codification*, in «European Review of Private Law», 1 (1993), pp. 31-46; ZENATI, *Les notions de code*, cit., *passim*; BRAUNEDER, *Entstehung und Entwicklung des ABGB bis 1900*, cit., *passim*; R. ZIMMERMANN, *Codification: history and present significance of an idea*, in «European Review of Private Law», 3 (1995), pp. 95-120; ID., *Codificazione. L'esperienza civile riconsiderata alla vigilia di un diritto comune europeo della vendita*, Conferenza di apertura del Congresso tematico dell'Accademia internazionale di diritto comparato in Taiwan, 24 maggio 2012 (reperibile in internet nella traduzione di G. Guglielmo e A. Carughi); P. CARONI, *Kodifikation*, in *Enzyklopädie der Neuzeit*, Stuttgart/Weimar, J.B. Metzler, volume VI, 2007, col. 855-861.

⁽⁴⁷⁾ Insiste a ragione sull'importanza di questo nesso SCHOTT, *Einfachheit*, cit., p. 137 e ss.

⁽⁴⁸⁾ La transizione dal vecchio al nuovo sistema delle fonti, quindi dalla scienza del diritto comune all'irruenza del codice, non fu « un brusco salto di qualità » (come ritiene P. BALESTRERI, *Sulla codificazione penale alla fine del Settecento: l'«Allgemeines Landrecht»*, in «Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento», 10, 1984, pp. 9-44, la citazione a p. 9), ma un'agonia lenta, tormentata, contrastata, come ricordano, fra altri, anche CAVANNA, *La codificazione del diritto nella Lombardia austriaca*, cit., pp. 615-616; FERRANTE, *Un secolo sì legislativo*, cit., p. 127, 168; CARONI, *Saggi*, cit., p. 136; ID., *La solitudine*, cit., pp. 138-139.

⁽⁴⁹⁾ Allineare allegramente ALR, Code e ABGB può sia incuriosire, sia confondere, visto quanto in realtà li distingue, rispettivamente li attesta quali esiti di storie incomparabili. Acutissimi in merito i ragionamenti di H. KLENNER, *Code civil und*

tutti quelli che si muovevano in modo vago e inconcludente nel perimetro codificatorio, senza mai arrivarne ad una. Tutti indistintamente *irregolari*, poiché stigmatizzati da « reticenze e incrinature »⁽⁵⁰⁾, fiaccati da lacune, bloccati da ritardi. Frutto di malintesi, ignoranza, inesperienza, si insabbiarono senza gloria, dopo di che vennero impietosamente derubricati ed assegnati ad un limbo abitato da apprendisti ed aspiranti, se va bene da remoti precursori.

La gravità di questo impietoso oscuramento della realtà salta all'occhio non appena si consulti l'elenco di tutto quanto fu ritenuto irregolare, perciò estromesso⁽⁵¹⁾. È foltissimo e già per questo imbarazzante. Comprende fra l'altro:

— I progetti e le leggi settecentesche, che un po' ovunque si accontentavano di riordinare il diritto vigente, ragione per cui non furono quasi mai chiamati codici, ma consolidazioni, compilazioni, redazioni, ecc.⁽⁵²⁾;

— I (molti) codici ottocenteschi che — violando regole generalmente condivise, ma non senza motivi — avevano confermato il ruolo sussidiario del diritto comune⁽⁵³⁾, inaugurando così quella

deutsche Rechtsentwicklung, in ID., *Deutsche Rechtsphilosophie im 19. Jahrhundert. Essays*, Berlin, Akademie-Verlag, 1991, pp. 125-140. Ulteriori ragguagli bibliografici si leggono in CARONI, *Per una storia finalmente sociale*, cit., p. 29 nota 11.

(50) Così GROSSI, *Mitologie*, cit., pp. 101-102.

(51) Un primo elenco in CARONI, *Escritos*, cit., p. XVII-XVIII.

(52) Tema studiato recentemente un po' ovunque e da angolature diverse, come documentano i seguenti titoli: A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, Milano, Giuffrè, 1979, pp. 252-295; N. IRTI, *Consolidazioni e codificazioni delle leggi civili*, in Atti dei Convegni Lincei 106, *Il Codice civile*, Convegno del Cinquantenario dedicato a Francesco Santoro-Passarelli, Roma 15-16 dicembre 1992, Roma, 1994, pp. 245-252; Y. CARTUYVELS, *D'où vient le code pénal? Une approche généalogique des premiers codes pénaux absolutistes au XVIIIe siècle*, Montréal/Ottawa, De Boeck Université, 1997, e qui in particolare la prima parte, dedicata a *La renaissance de la codification à l'époque moderne: de la consolidation à la codification du droit; El dret comú i Catalunya*, cit., *supra*, nota 9; R. MICHAELS, *Restatements*, in *Handwörterbuch des europäischen Privatrechts*, Tübingen, 2009, II, pp. 1295-1299; G. WESENER, *Kodifikationen und Kompilationen. Reformprogramme und Landrechtsentwürfe des 17. und 18. Jahrhunderts*, in « Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte », Romanistische Abteilung, 127 (2010), pp. 202-244.

(53) Fanno parte di questo gruppo: il *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* del 1756 (I, 2, § 9), il *Badisches Landrecht* del 1809/1810 (LRS 4 b; secondo editto introduttivo del 22 dicembre 1809, N. 3); il *Codice civile della Repubblica e Cantone del*

che è stata recentemente chiamata una vera e propria coesistenza del diritto comune e di quello codificato ⁽⁵⁴⁾;

— I codici promulgati in costanza di strutture cetuali, che perciò ovvero rinunciavano a generalizzare la capacità giuridica (il che appare logico ⁽⁵⁵⁾), ovvero la sancivano ugualmente, coscienti com'erano che per il momento questa bella conquista borghese esistesse solo sulla carta ⁽⁵⁶⁾, ma prima o poi sarebbe diventata realtà ⁽⁵⁷⁾;

Ticino del 1837 (art. 5); il *Bündnerisches Civilgesetzbuch* del 1861 (art. 3). Prevedeva inoltre il ricorso sussidiario al diritto comune il *Progetto De Simoni* del 1802-1803 (Libro III, Titolo XII, § 11), in merito al quale si rinvia a SOLIMANO, *L'edificazione*, cit., p. 60 nota 11; E. DEZZA, *Lezioni di storia della codificazione civile*, Torino, Giappichelli, 2000², pp. 94-97. Ulteriori ragguagli bibliografici (ma non solo) in CARONI, *Il codice rinviato*, cit., pp. 286-287. Ben più arduo è comunque appurare la reale frequenza del ricorso al diritto comune. C'è chi la ritiene *modesta* (così, per l'Italia, F. RANIERI, *Savignys Einfluss auf die zeitgenössische italienische Rechtswissenschaft*, in « Ius commune », VIII, 1979, pp. 192-219, specialmente 207-208; come anche, riferendosi al *Badisches Landrecht*, parecchi autori dei contributi riuniti nella silloge di C. Hattenhauer, K.-P. Schröder, *200 Jahre Badisches Landrecht von 1809/1810*, Frankfurt a. Main, Peter Lang, 2011, p. 97, 225-227, 232; F. STURM, *Le Code civil du Grand-Duché de Bade. Coexistence du droit commun et du droit français*, in *Das Recht und seine historischen Grundlagen, Festschrift für E. Wadle zum 70. Geburtstag*, Berlin, Duncker & Humblot, 2008, pp. 1147-1161, specialmente 1160), chi invece la giudica sorprendentemente *vivace* (così per la codificazione bavarese del 1756 S. GAGNÉR, *Die Wissenschaft des gemeinen Rechts und der Codex Maximilianeus bavaricus civilis*, in *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert*, a cura di H. Coing, W. Wilhelm, Band I, Frankfurt a.M., Vittorio Klostermann, 1974, pp. 1-118; nello stesso senso M. STOLLEIS nei « Quaderni fiorentini », 29, 2000, p. 564).

⁽⁵⁴⁾ Come vuole il sottotitolo dell'intervento di F. Sturm citato nella nota precedente. Ma c'è da dire che l'espressione è polisemica e in questo contesto persino un po' fuorviante. Massime se contrapposta a quanto lo stesso autore ha affermato in merito alla sporadicità del ricorso al diritto comune.

⁽⁵⁵⁾ È il caso dell'ALR prussiano del 1794, ma anche del codice bavarese del 1756, ossia di tutti quegli ordinamenti ancora saldamente incorniciati da un contesto feudale.

⁽⁵⁶⁾ Ce lo ricorda l'azzeccatissimo titolo di una raccolta di studi pubblicata recentemente da W. Brauneder, M. Hlavačka, *Bürgerliche Gesellschaft auf dem Papier: Konstruktion, Kodifikation und Realisation der Zivilgesellschaft in der Habsburgermonarchie*, Berlin, Duncker & Humblot, 2014 (recensita nella « Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte », 37, 2015, pp. 310-311).

⁽⁵⁷⁾ Appare perciò scontato collegare questa riflessione anzitutto alla storia della codificazione austriaca, la cui indiscutibile valenza visionaria fu sottolineata un

— E per finire quei codici, che chiamerei remissivi, poiché applicabili solo in seconda battuta, quando l'ordinamento locale, che era prevalente, taceva. Un codice perciò sussidiario, come lo fu davvero quello prussiano del 1794 e lo è tuttora quello spagnolo del 1889.

Mi fermo qui, ma potrei anche continuare. Anche senza volerlo ci chiediamo: ma allora chi si salva? Effettivamente si salvano in pochi. Max Weber, che se l'era già chiesto tanti anni fa, aveva risposto così: volendoci attenere alla definizione canonica si salverebbe, ma per il rotto della cuffia, solo il *code civil* del 1804⁽⁵⁸⁾. Allora riassumo: dapprima abbiamo definito il codice, poi ci siamo messi a selezionare: questo no, questo sì, quello no e così via. Da cento anni in qua, mi pare. Il gruppo dei promossi resta comunque sparuto, quello degli esclusi (o dei dannati) in compenso dilaga⁽⁵⁹⁾.

Questa è dunque, ridotta all'osso, la storia più o meno ufficiale, che tutti possiamo ancora leggere sui nostri manuali, non solo su quelli vecchioti. Una vera ecatombe, si direbbe. Come tutte le storie che si rispettano, ha anch'essa i suoi lati immaginari: la danza dei precursori (databile *ad libitum*⁽⁶⁰⁾); il dialogo fra interlocutori, che né si conoscono, né si incontrano e che spesso nemmeno guardano nella stessa direzione, quindi in realtà *non* dialogano; la storia della codificazione, ma solo di quella 'vera' beninteso, come faticosa ascesa al monte Tabor, sublimata perciò dal tripudio trasfigurativo, e altro ancora. Per molto tempo, non posso negarlo, convenne pure

secolo fa da F. KLEIN, *Die Lebenskraft des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches*, nella *Festschrift zur Jahrhundertfeier des ABGB*, Wien, 1911, I, pp. 3-32, specialmente 20, 31. A ben vedere, chi considera un codice alla stregua di un messaggio, lo ritiene sempre solo una promessa, che rinvia implicitamente al futuro. La 'visionarietà' non sarebbe allora una mosca bianca, ma una regola, inerente come tale alla realtà dello sguardo binario. Così anche *infra*, nota 154.

⁽⁵⁸⁾ M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5. revidierte Auflage, Tübingen, Mohr Siebeck, 1972, p. 495, 496.

⁽⁵⁹⁾ Documenta in modo esemplare e trasparente l'implacabilità della selezione R. GMÜR, *Die erneuerte bernische Gerichtssatzung von 1761/1762*, in «*Zeitschrift des bernischen Juristenvereins*», 99 (1963), pp. 161-195.

⁽⁶⁰⁾ L'ultima 'scoperta' in ordine di tempo è forse quella di Éric GILARDEAU, *Cicéron père de la codification du droit civil*, Paris, L'Harmattan, 2017.

a me. Ma da quando vedo nel codice un messaggio non mi convince più, in realtà ne provo sempre più disagio. E mi costringe a riaprire un discorso, che da tempo ritenevo concluso. E a ripartire *non* da un concetto ideale di codice, del quale mi sono maldestramente invaghito, per descriverne poi l'epifania perfetta, scartando (o anche solo tacendo) tutto quanto disturba o vi si oppone, *ma* da una società, che per una volta aspira a risolvere taluni suoi problemi facendo capo a strategie codificatrici. Che dapprima auspica o invoca, più tardi accoglie e valorizza proprio così, come reclamano le proprie urgenze. E lo fa generalmente senza accodarsi alle belle teorie dei giuristi, già perché *condizionata dalle sue strutture*. A queste urge perciò risalire, di queste dobbiamo tener conto, se desideriamo capire e spiegare tutto quanto la vecchia vulgata aveva connotato negativamente, quando non irriso. Comanderemo allora che le incrinature, i ritardi, le contraddizioni, le lacune non sono il frutto dell'inesperienza, della maldestrezza o dell'ignoranza dei codificatori, ma concessioni al peso della storia, dunque *risposte* preziose, *finestre* che aprono su una vista inattesa, *spie* che ci costringono a ricostruire un iter codificatorio realmente *altro*. *Altro* significa qui: non fagocitato da procedure concorrenti, non interrotto a metà strada, non interlocutorio, non rischiarato da quanto avvenne anni o decenni più tardi, *ma* autonomo, come può esserlo l'esito di una scelta comunque ponderata ⁽⁶¹⁾.

Cito un esempio, tanto per chiarire: quello dei codici che fecero tuttora posto al diritto comune (senza specificare qui in quale ruolo preciso e con quale ricaduta concreta). Chi rincorre e plaude alle definizioni perfette ne inorridisce, e condanna. Cito Bentham: questo amalgama corromperà tutto il codice ⁽⁶²⁾. Chi guarda invece

⁽⁶¹⁾ Andavano già in questa direzione ragionamenti di qualche anno fa, v. CARONI, *Per una storia finalmente sociale*, cit., pp. 41-45; Id., *Il codice rinviato*, cit., pp. 280-291.

⁽⁶²⁾ J. BENTHAM, *Vue générale d'un corps complet de législation* (1802), ch. XXXI, *De l'intégralité du corps de droit*: « Le législateur qui adopte, par exemple, le droit romain, sait-il ce qu'il fait ? Peut-il le savoir ? N'est-ce pas un champ éternel de disputes ? N'est-ce pas d'un seul mot rendre à l'arbitraire tout ce qu'on a prétendu lui ôter ? Cet amalgame ne suffit-il pas pour corrompre tout un code ? Qu'on mette ensemble deux quantités, l'une finie, l'autre infinie, la somme en sera infinie: c'est un axiome de mathématiques » (*Œuvres de J. Bentham jurisconsulte anglais*, Bruxelles, Louis Hauman, 1829-1830, I, p. 366).

alla società, intuisce subito: questo ibridismo ⁽⁶³⁾ clamoroso rinvia a sue strutture, svela che sono tuttora attuali e spesso dominate da un ceto forense, tradizionalmente conservatore ⁽⁶⁴⁾. È un'informazione preziosa, questa, permette di capire e sconsiglia di condannare. Detto diversamente, senza scostarci dalla tesi qui sostenuta: l'*irregolarità* di un codice, dunque il suo vero o presunto, deliberato o imposto, prescindere da un concetto ideale, è un apprezzamento del mittente, una fisima della sua ottica, se vogliamo. Chi ne discetta in continuità sposa una logica, che al destinatario è sconosciuta. Pensate: il popolo ticinese, che dal 1837 al 1912 visse al riparo di un codice apparentemente retrivo — poiché aveva esplicitamente confermato il ruolo sussidiario del diritto comune — in realtà non se ne accorse, men che mai se ne pentì.

Riassumo e concludo: se le cose stanno così non ha più senso

⁽⁶³⁾ Sulla valenza specifica di questo predicato, che implica talvolta l'accusa di sincretismo, vedi J. BASEDOW, *Das BGB im künftigen europäischen Privatrecht: Der hybride Kodex. Systemsuche zwischen nationaler Kodifikation und Rechtsangleichung*, in « Archiv für die civilistische Praxis », 200 (2000), pp. 445-492. Lo chiamo qui 'clamoroso', questo ibridismo, se è vero (come io però non credo), che nel divieto di questo recupero del diritto comune fu visto il significato più autentico del processo di codificazione (come sembra invece ammettere FERRANTE, *Un secolo sì legislativo*, cit., p. 21).

⁽⁶⁴⁾ Il che ci costringe salutarmente a renderci conto della necessaria (perciò inerente) corrispondenza fra il sistema delle fonti e il suo retroterra politico-sociale, rispettivamente dell'interdipendenza fra leggi civili e politiche. In forza della quale il sistema del diritto comune (dunque consuetudinario) fiorì in una realtà attuale, quello retto dal codice (dunque legislativo) in una società borghese (ossia postrivoluzionaria). Come documentano sia il poco noto (ma colorito) esempio che ho citato in *Il codice rinviato*, cit., p. 297 nota 87, che il più familiare destino dei primi tre progetti di un *Code civil* francese, allestiti fra il 1789 e il 1799 da Cambacérès. Perché al momento di discuterli la situazione politica e sociale era radicalmente mutata, *non corrispondevano più*, furono perciò subito respinti, come ha egregiamente evidenziato J.-L. HALPÉRIN, *L'impossible Code civil*, Paris, PUF, 1992, *passim*, riassumendo a pp. 288-289. Rinvio all'importanza di questo allineamento e cito ulteriore bibliografia in P. CARONI, *Codificare sui due versanti: quello civile e quello penale. Riflessioni sul mito del codice-guida*, in Giuseppe Luosi, *giurista italiano ed europeo. Traduzioni, tradizioni e tradimenti della codificazione*, a cura di E. Tavilla, Quaderni dell'Archivio storico XXV, Modena, 2009, pp. 337-363, specialmente 357, nota 58. Ho sfiorato ancora recentemente il tema in *Privatrecht im 19. Jahrhundert*, cit., p. 17, 45-46, 102-103.

mettere in riga (tutti) i codici, premiare i migliori e disfarsi degli altri. Tutti hanno uguale dignità, tutti recano l'impronta inconfondibile della società che li ha dapprima desiderati, poi realizzati. Chi aspira a capire *include* e non esclude, *recupera* e non scarta, già perché, a ben vedere tutti i codici sono irregolari, ma ognuno a modo suo⁽⁶⁵⁾. Tanto riesce a intravedere, chi crede che il codice sia un messaggio.

5. *Recepire, raggiare, trapiantare.*

L'approccio al terzo tema è meno problematico, almeno in apparenza: evoca infatti il destino di quei codici, ai quali fu concessa una seconda vita. Nel senso che vennero *dapprima* messi in vigore e utilizzati nella 'loro' società, dopo di che spiccarono il volo e si insediarono in paesi, ai quali non erano originariamente destinati⁽⁶⁶⁾. Lo fecero talvolta in sequela a un'imposizione *manu militari* (come insegnò Napoleone quando ordinò l'introduzione del suo codice in molti paesi conquistati, ad esempio nel Regno d'Italia⁽⁶⁷⁾), altre volte perché qui dirottati dal desiderio di una società codificante di appoggiarsi a un modello, come documenta il destino dello stesso codice nel corso dell'Ottocento in molti stati del continente

⁽⁶⁵⁾ Primo timido accenno a questa problematica verità in P. CARONI, *Liberale Verfassung und bürgerliches Gesetzbuch im XIX. Jahrhundert*, Rektoratsrede, Bern, Paul Haupt, 1988, pp. 17-18.

⁽⁶⁶⁾ Cause e meccanismi di questa circolazione di modelli (così se ne parla oggi, in un contesto metodologico aggiornato ed in sequela ad una proposta di R. Sacco) sono complessi, discuterli qui ci porterebbe lontano, ragionamenti utili si leggono comunque in M. GRIMALDI, *L'exportation du Code civil*, in « Pouvoirs, revue française d'études constitutionnelles et politiques », 2003, 107 — *Le Code civil*, pp. 80-96; S. SOLEIL, *Le Code civil de 1804 a-t-il été conçu comme un modèle juridique pour les nations?*, in « Forum historiae iuris », 4 marzo 2005, pp. 1-13.

⁽⁶⁷⁾ V. in merito G. ASTUTI, *Il "Code Napoléon" in Italia e la sua influenza sui codici degli Stati successori*, in ID., *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea*, Raccolta di scritti a cura di G. Diurni, Napoli, ESI, 1984, II, pp. 713-802 e specialmente 732-735; A. CAVANNA, *Mito e destini del Code Napoléon in Italia. Riflessioni in margine al Panegirico a Napoleone legislatore di Pietro Giordani*, ora in ID., *Scritti 1968-2002*, Napoli, Jovene, 2007, II, pp. 1079-1129; DEZZA, *Lezioni di storia della codificazione civile*, cit., pp. 91-106, 111-115.

europeo e dell'America latina (68). Il tema è dunque quello dell'irradiazione provocato dalla circolazione dei modelli codicistici. In questi ultimi decenni è stato rivisitato, rideclinato, quindi anche arricchito, da molti autori di ispirazione sia sistemica che ermeneutica e comparatistica (69), il che mi permetterà di parlarne qui in modo più stringato.

Per molto tempo giuristi e storici del diritto non hanno dato troppo peso a questi fenomeni (70). Generalmente abbarbicati alle parole, come abbiamo visto, ne hanno a lungo seguito (e quasi controllato) il trasferimento geografico con l'occhio preoccupato e vigile del postino. E hanno perciò parlato di *recezione*, intendendo così alludere al destino di un contenuto-oggetto che passa di mano

(68) La bibliografia relativa al successo internazionale del *Code* del 1804 è immensa, per non dire oceanica. Mi accontento perciò di pochi nomi, scegliendo i quali ho tentato di tener conto delle diverse tradizioni nazionali: A. CABANIS, *Le Code hors de la France*, in *La codification*, a cura di B. Beigner, Toulouse, Dalloz, 1996, pp. 33-61; W. SCHUBERT, *Französisches Recht in Deutschland zu Beginn des 19. Jahrhunderts. Zivilrecht, Gerichtsverfassungsrecht und Zivilprozessrecht*, Köln/Wien, Böhlau, 1977; E. FEHRENBACH, *Traditionale Gesellschaft und revolutionäres Recht. Die Einführung des Code Napoléon in den Rheinbundstaaten*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1983³; C. RAMOS NÚÑEZ, *El Código napoleónico y su recepción en América latina*, Lima, Pontificia Universidad católica del Perú, 1997. Altra, e meno familiare, bibliografia cita nelle sue note iniziali SOLEIL, *Le Code civil de 1804*, cit., pp. 11-12.

(69) Considerazioni varie su questi autori e sulle tesi che tuttora professano si leggono ad esempio in U. SANTARELLI, *Recezione (storia)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, XXXIX, 1988, pp. 58-58; P. CARONI, *Ius romanum in Helvetia: a che punto siamo?*, in *Europa e Italia. Studi in onore di Giorgio Chittolini*, Firenze, Firenze University Press, 2011, pp. 55-79, specialmente 59 e ss.; G.C.J.J. VAN DEN BERGH, *Réception (dans les pays occidentaux)*, in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 1993, pp. 515-517; T. DUVE, *Von der europäischen Rechtsgeschichte zu einer Rechtsgeschichte Europas in globalhistorischer Perspektive*, in « *Rechtsgeschichte* », 20 (2012), pp. 18-59, specialmente 31 e ss., 52 e ss.; E. KRAMER, *Hauptprobleme der Rechtsrezeption*, in « *Deutsche Juristen-Zeitung* », 71 (2017), pp. 1-11, specialmente 1-4.

(70) Basti pensare a come fu descritta nei nostri manuali la cosiddetta 'recezione del diritto romano-comune' nell'Europa continentale non italoфона. Non solo come la recezione per antonomasia, fenomeno unico ed irripetibile, mentre in realtà anche la storia del diritto pullula di operazioni analoghe. Ma anche appunto solo come semplice e unidirezionale trasposizione di parole e concetti (*nomina*), destinata perciò inevitabilmente a documentare la realtà di una continuità (appunto solo) omofonica. Sul punto vedi CARONI, *La solitudine*, cit., pp. 193-194.

in mano, da territorio a territorio, restando sempre e comunque inalterato. Proprio come un pacco affidato alla posta, che questa si incarica di consegnare al destinatario, così come l'aveva ricevuto. Siffattamente intesa, la recezione di un codice presuppone il trasferimento meccanico e in blocco di uno stesso, invariato complesso legislativo, come anche il suo più o meno scontato attecchire in una società diversa da quella del luogo di origine.

Gli autori testé citati l'hanno ritenuta fragile e poco ispirata, questa descrizione ⁽⁷¹⁾. Preferiscono parlare di *trapianto normativo* (legal transplant), poiché solo così sembra loro possibile tener debito conto sia della complessità dell'operazione, che dell'organicità (ossia della non-meccanicità) della trasposizione. Ma anche questa brillante metafora medico-biologica, a ben vedere, non è del tutto irreprensibile. Già perché passa sotto silenzio (o almeno opacizza) proprio quello che secondo me è l'essenziale, ossia l'incontrovertibile fatto, che chi riceve non è mai passivo, non si accontenta di quietanzare l'avvenuta consegna e di darle un automatico seguito, ma seleziona, sceglie, adatta, *cambia* cioè inevitabilmente il contenuto del 'pacco', lo destina magari ad un uso, al quale il mittente mai aveva pensato ⁽⁷²⁾. E tutto questo non lo fa solo eccezionalmente, in situazioni di emergenza o per evitare il peggio — come sembrano ritenere quegli autori che parlano di un correttivo, rispettivamente di un atto di resistenza ⁽⁷³⁾ — ma con atteggiamento assolutamente naturale e scontato, come naturale e scontato è ammettere che tocca al destinatario appurare il significato di un messaggio.

Ma se è così difficile elaborare un'ipotesi condivisa, perché non fare capo anche in questo contesto 'circolatorio' alla proposta qui ventilata, tesa a 'leggere' il codice quale messaggio? Ci permetterebbe di guardare senza timore alle situazioni finora discusse, di capirle meglio e di discuterne con maggior disinvoltura. Di ritenere

⁽⁷¹⁾ Vedi per tutti SANTARELLI, *Recezione*, cit., pp. 60-63. Riassume esemplarmente l'odierno atteggiamento della comparatistica anglo-americana KRAMER, *Hauptprobleme*, cit., pp. 1-4.

⁽⁷²⁾ KRAMER, *Hauptprobleme*, cit., p. 3, puntualizza con precisione: « Es findet in aller Regel keine eigentliche Transplantation, sondern eine rechtskulturelle Adaption und damit eine Assimilierung an die rezipierende Rechtsordnung statt ».

⁽⁷³⁾ Così ad es. SACCO, *Codificare: modo superato di legiferare?*, cit., p. 126, 131.

persino ampiamente scontate tutte quelle soluzioni, che gli autori citati finora approvavano solo in presenza di prove irrefragabili e in capo a continui aggiustamenti. Come illustrano questi esempi.

a) Quello dei paesi dapprima, nei quali un codice già in vigore nel luogo di origine fu introdotto (rispettivamente adottato) *integralmente*, per libera decisione dell'autorità legislativa o in sequela a pressione esterna. Il buon senso sembrerebbe in questi casi suggerire, che chi adotta implicitamente si allinea, ovvero in ossequio alla scelta operata, ovvero piegandosi all'imposizione. Ma la logica del messaggio questo non lo concede, spinge piuttosto in altra direzione e la realtà vi corrisponde. Mostra infatti che persino laddove i codici furono imposti, giudici e giuristi li lessero ed assorbirono come voleva (o forse solo come permetteva) la loro precomprensione, come reclamavano situazioni e urgenze della loro società, come dunque pretendevano i contesti 'altri', nei quali operavano. Lo confermano puntualmente l'analisi dell'applicazione dell'ABGB austriaco nel Lombardo-Veneto ⁽⁷⁴⁾, come quella del destino del *Code civil* nelle terre tedesche occupate da Napoleone ⁽⁷⁵⁾. Analogamente del resto a quanto contemporaneamente

⁽⁷⁴⁾ M.R. DI SIMONE, *L'introduzione del codice civile austriaco in Italia. Aspetti e momenti*, in *Scintillae iuris. Studi in memoria di Gino Gorla*, Milano, Giuffrè, 1994, II, pp. 1015-1038; F. RANIERI, *Einführung und Geltung des österreichischen ABGB in das Regno Lombardo-Veneto*, in *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, a cura di H. Coing, München, Beck, III/1, 1982, pp. 226-232; E. D'AMICO, *Agostino Reale e la civilistica lombarda nell'età della Restaurazione*, in *Studi di storia del diritto*, Milano, Giuffrè, II, 1999, pp. 773-818; D. MATTIANGELI, *Die Anwendung des ABGB in Italien im 19. Jahrhundert und seine historischen Aspekte*, Frankfurt a.M., Peter Lang, 2012, *passim*, specialmente 86-88, 94-101.

⁽⁷⁵⁾ Oltre alle opere di E. Fehrenbach e W. Schubert citate *supra* nella nota 68, è consigliabile tener conto di: B. KANNOWSKI, *Das badische Landrecht in der Rechtsprechung des Reichsgerichts*, in *200 Jahre Badisches Landrecht von 1809/1810*, cit., pp. 217-244; E. WADLE, *Code civil und badisches Landrecht*, in « *Zeitschrift für europäisches Privatrecht* », 12 (2004), p. 947 e ss.; S. GEYER, *Den Code civil „richtiger“ auslegen: der zweite Zivilsenat des Reichsgerichtes und das französische Zivilrecht*, Frankfurt a.M., Klostermann, 2009; *Richterliche Anwendung des Code civil in seinen europäischen Geltungsbereichen ausserhalb Frankreichs*, a cura di B. Dölemeyer, H. Mohnhaupt, A. Somma, Frankfurt a.M., Klostermann, 2006; R. CHABANNE, *L'Allemagne napoléonienne en face du problème de la codification*, in « *Annales de la Faculté de droit de Lyon* », 1974, 1, p. 9 e ss.; Id., *Napoléon, son Code et les Allemands*, in *Études Jacques Lambert*, Paris, Éditions Cujas, 1975, p. 397 e ss.; P. BECCHI, *Il Code Napoléon in Germania. Il*

avveniva in quegli Stati dell'Iberoamerica, ove il nuovo ordine giusprivatistico, così essenziale per l'autonomia politica conquistata da poco, fu conseguito mediante l'adozione del codice francese ⁽⁷⁶⁾. Perché anche qui i suoi articoli furono ovviamente letti e applicati come reclamavano le circostanze locali ⁽⁷⁷⁾.

b) Quando poi, a partire da metà Ottocento, il codice straniero venne sempre più utilizzato come *semplice modello*? Anche qui appare non solo utile, ma a ben vedere inevitabile, considerarlo quale messaggio, poiché così facendo viene ribadito sia il valore intrinseco del modello, che la libertà di chi se ne avvale di appoggiarsi o di distanziarsene, imboccando se del caso altre strade. Penso concretamente alla libertà di scegliere e selezionare le regole interessanti secondo le esigenze della vita pratica, di cambiarle, completarle o collegarle ad altre di diversa provenienza, di commentarle e spiegarle ovvero come suggerisce la teoria, ovvero come reclama l'antagonismo sociale; ma anche a quella di preferire finalmente al modello un'elaborazione del tutto autoctona, nel segno della (peraltro insopprimibile) creatività del destinatario. Come puntualmente conferma proprio la parabola del codice francese nell'Iberoamerica: adottato dapprima formalmente, come si vide; da metà secolo sempre più solo « guía y orientación » ⁽⁷⁸⁾, ossia presente « como trasfondo » ⁽⁷⁹⁾, venne vieppiù accantonato da elaborazioni endogene di ispirazione preponderantemente locale ⁽⁸⁰⁾. Con

dibattito intorno alla recezione nel Granducato del Baden, in ID., *Ideologie della codificazione in Germania*, Genova, Piero Barboni, 1999, pp. 47-93.

⁽⁷⁶⁾ A. GUZMÁN BRITO, *Historia de la codificación civil en Iberoamérica*, Cizur Menor, Editorial Aranzadi, 2006, pp. 79-80, 90-92, 110-111, 141-154, 430 e ss., 452.

⁽⁷⁷⁾ RAMOS NÚÑEZ, *El código napoleónico*, cit., pp. 25-28, 146 e ss.; S. SOLEIL, *La réception du modèle juridique français entre discours et réalité depuis la révolution*, in « Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis », 73 (2005), pp. 171-181, specialmente 175 e ss.; C. PETIT, *Derecho civil e identidad nacional*, in « InDret. Revista para el Análisis del derecho », 3 (2011), pp. 14-16.

⁽⁷⁸⁾ GUZMÁN BRITO, *Historia*, cit., p. 110.

⁽⁷⁹⁾ Ivi, p. 81.

⁽⁸⁰⁾ Ha insistito recentemente proprio sullo spessore di questo contributo autoctono V. TAU ANZOÁTEGUI, *La codificación en la Argentina. 1810-1870. Mentalidad Social e Ideas Jurídicas*, Buenos Aires, Librería Histórica, 2008², pp. 15-16, 41, 154, 180 e ss., 284 e ss.

il che alludo esplicitamente sia al codice peruviano del 1852 ⁽⁸¹⁾, che a quello cileno del 1855 ⁽⁸²⁾. Grazie all'eccezionale personalità del suo autore Andrés Bello gli riuscì di liberarsi dalla 'tutela' del modello francese ⁽⁸³⁾, persino di superarlo ⁽⁸⁴⁾ e di proporsi a sua volta a modello per altri stati del continente, di quello latinoamericano come di quello europeo ⁽⁸⁵⁾. Né sorprende perciò, né dispiace, che taluni storici del diritto — finalmente attenti anche a questi itinerari — abbiano recentemente tentato di riassumerne il significato perorando una « Priorisierung des Lokalen » ⁽⁸⁶⁾. In realtà 'scoprendo' una massima, che l'ottica sottesa al presente intervento dava per ampiamente scontata ⁽⁸⁷⁾.

c) E a maggior ragione né ci irrita, né ci sconcerta quella congiuntura, che ho già chiamata *l'incomparabilità degli esiti*, ossia una situazione riscontrabile ovunque si codificò all'ombra dello stesso modello, ma con risultati tutt'altro che univoci ⁽⁸⁸⁾. Un

⁽⁸¹⁾ GUZMÁN BRITO, *Historia*, cit., pp. 175-186; RAMOS NÚÑEZ, *El Código napoleónico*, cit., pp. 160-179.

⁽⁸²⁾ GUZMÁN BRITO, *Historia*, cit., pp. 193-211; RAMOS NÚÑEZ, *El Código napoleónico*, cit., pp. 179-188.

⁽⁸³⁾ GUZMÁN BRITO, *Historia*, cit., pp. 81-83, 110-111.

⁽⁸⁴⁾ Ivi, pp. 209-210, 544; E. BUCHER, *Zu Europa gehört auch Lateinamerika!*, in « Zeitschrift für Europäisches Privatrecht », 12 (2004), pp. 515-547, specialmente 526-527, 540-543.

⁽⁸⁵⁾ GUZMÁN BRITO, *Historia*, cit., p. 211 e ss., 138; TAU ANZOÁTEGUI, *La codificación en la Argentina*, cit., pp. 275-279; P. ARREGUI ZAMORANO, *Intercambios codificadores entre ambos lados del Atlántico*, in « Anuario de historia del derecho español », 82 (2013), pp. 337-385.

⁽⁸⁶⁾ DUVE, *Von der europäischen Rechtsgeschichte*, cit., p. 20, 27, 49-52; T. REIS, *Savigny-Leser in Brasilien um die Mitte des 19. Jahrhunderts*, in *Savigny international?*, a cura di J. Rückert, T. Duve, Frankfurt a.M., Klostermann, 2015, pp. 369-408, specialmente 370, 371, 390, 399, 408.

⁽⁸⁷⁾ Esula dai temi trattati, ma merita ugualmente un rapido cenno il fatto, che questa massima, se condivisa ragionando sul sistema delle fonti del diritto comune, ne avrebbe da tempo agevolato una descrizione più realistica, perché finalmente dominata dall'ottica del 'consumatore' (o dell'utente), ossia dal primato del diritto locale (*ius proprium*), ovunque applicato in prima battuta. Chi invece frequenta il passato proprio solo alla ricerca di tracce del diritto comune, e scarta perciò tutto quanto non serve, ovviamente non se ne accorge.

⁽⁸⁸⁾ Eloquentemente mi pare dapprima l'esempio dei quattro Cantoni della Svizzera centrale, che a metà Ottocento codificarono il loro diritto privato utilizzando tutti lo

discutibile scherzo del destino per chi ancora crede alla meccanicità della trasposizione normativa, una banale conferma invece per chi tenga conto della insopprimibile identità delle singole società codificanti e in questo frangente si ricorda dell'algida certezza di Montesquieu: « Les lois doivent être tellement propres au peuple pour lequel elles sont faites, que c'est un très grand hasard si celles d'une nation peuvent convenir à une autre »⁽⁸⁹⁾.

6. *Cambiare codificando.*

L'ultima domanda è quella decisiva, già perché idealmente riassume tutte le altre. Suona generalmente così: codificare è forse sinonimo di cambiare? E se per avventura davvero lo fosse, di cambiare *cosa, come e perché*? Da sempre ognuno vi risponde come vuole o come può, senza mai proprio tagliare la testa al toro. Le risposte perciò non si contano, ognuno ha la sua⁽⁹⁰⁾. Se non vogliamo smarrirci nel dedalo, che inevitabilmente creano, urge precisare il significato dell'interrogazione.

Ricordando *dapprima* che oggetto della nostra indagine storica non è una legge qualsiasi, costellata di norme destinate a governare un settore singolo, specifico e circoscritto, dell'attività umana, ma

stesso modello (ossia l'ABGB austriaco), ma approdarono ugualmente a esiti molto disparati: vedi in merito P. CARONI, *Receptio duplex vel multiplex. L'ABGB nel contesto svizzero*, in *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, pp. 497-524. Analogamente va valutato l'influsso del modello francese sulle codificazioni civilistiche dei sei cantoni francofoni della Svizzera: fu moderato e (a conferma di quanto ricordato) tutt'altro che uniforme, come hanno recentemente documentato J.-F. POUURET, *Les limites de l'influence du Code Napoléon sur les codifications romandes du XIXe siècle*, in « *Revue historique de droit français et étranger* », 69 (1991), pp. 41-61; SOLEIL, *La réception du modèle juridique français*, cit., p. 177 e ss.

⁽⁸⁹⁾ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, 1748, I, ch. 3 (da collegare con XXIX, ch. 13 e 18). Sulla presenza di questa riflessione nel *Discours préliminaire* di Portalis v. F. OST, *Le temps du droit*, Paris, Odile Jacob, 1999, p. 232 e ss.

⁽⁹⁰⁾ Da una vita oramai il tema mi rincorre, periodicamente mi tende tranelli, mi blocca e induce a riflettere. Ne nacquero *statements* consapevolmente interlocutori, che oggi in questa sede riprendo, preciso, correggo e aggiorno, v. da ultimo CARONI, *Saggi*, cit., p. 134; ID., *Il codice rinviato*, cit., p. 303 e ss.; ID., *Per una storia finalmente sociale*, cit., pp. 43-44, nota 35.

proprio solo *quella* legge onnicomprensiva, che intese *codificare*, ossia disciplinare un'area complessiva in modo sistematico ed organico, e che già per questo motivo implicitamente aspira alla totalità e/o all'esclusività. Se è così, affermare il carattere innovatore dei codici adducendo singoli articoli che introducono nuove regole o che rimuovono situazioni ormai obsolete serve tanto poco come sottolinearne il carattere conservatore rinviando a disposti che confermano pratiche già risalenti. Perché in tutti questi casi abbiamo a che fare con regole isolate, con istituti specifici, con concetti circoscritti, che non avevano bisogno di un supporto codificatorio per farsi largo, ma che potevano tutti venir introdotti, soppressi o confermati anche da sporadici interventi mirati del legislatore. Ognuno di noi le conosce queste situazioni, e sa che da questo punto di vista, per noi qui marginale, ogni codice *partim* innova e *partim* conferma ⁽⁹¹⁾.

E tentando *poi* di precisare, a chi debba rivolgersi questa nostra domanda. Istantivamente pensiamo: al protagonista della nostra storia, dunque al codice. Da sempre l'abbiamo messo al centro dei nostri sguardi, ora ne setacceremo a dovere le parole, convinti come siamo di scoprire in esse le risposte che cerchiamo. Sembra davvero tutto scontato (e ovvio). Ma talvolta mi imbatto in descrizioni, che mi sorprendono e mi inducono a dubitare. So ad esempio di codici, dei quali si dice che arrivarono tardi, quando erano già vecchi ⁽⁹²⁾; oppure di altri, varati per così dire in anticipo ⁽⁹³⁾, ragione per cui dovettero poi più o meno lungamente

⁽⁹¹⁾ Lo ricordarono in passato autori rigorosi, ma anche non privi di buon senso, vedi ad esempio P. LIVER, *Begriff und System in der Rechtssetzung*, in *Hundert Jahre Bundesverfassung 1874-1974. Probleme der Rechtssetzung*, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1974, pp. 136-192, specialmente p. 172, come anche nella discussione pubblica di questo intervento, vedi in « Rivista di diritto svizzero », NS 93 (1974), II, pp. 525-528.

⁽⁹²⁾ È di prammatica affermarlo del Codice civile svizzero del 1907, buon ultimo fra tutte le codificazioni nazionali. Al quale non mancano comunque valide giustificazioni, come ho già più volte ricordato, da ultimo (con ulteriori rinvii) in *Privatrecht im 19. Jahrhundert*, cit., p. 21. Siamo altresì in buona compagnia se è vero che, come si è recentemente affermato, anche i due codici civili brasiliani (del 1916 e del 2002) giunsero fuori tempo massimo (così SCHMIDT, *Zivilrechtskodifikation in Brasilien*, cit., p. 54, 113).

⁽⁹³⁾ Lo ha affermato pochi anni fa, riferendosi al BGB tedesco, J. RÜCKERT, *Das BGB und seine Prinzipien: Aufgabe, Lösung, Erfolg*, in *Historisch-kritischer Kommentar*

attendere, prima di imbroggiare il 'loro' tempo ⁽⁹⁴⁾. Saranno anomalie fin che si vuole, queste, ma svelano ugualmente una verità preziosa: vuole che il tempo, quello 'giusto', rimpetto al quale ha senso invocare anticipi o deprecare ritardi, venga scandito non dal codice, *ma dalla società*. Di un codice affermiamo perciò che giunge in ritardo quando la società dapprima cresce e si organizza senza il suo aiuto, seguendo itinerari altri o facendo capo alla legislazione speciale. È dunque la società che dobbiamo interpellare. È lei che un codice a un certo momento della sua storia l'ha voluto, rivendicato, reclamato. E lo ha fatto in vista di ottenere qualcosa che finora le mancava, quindi sostanzialmente per cambiare. Che senso avrebbe, se non fosse così, parlare — come davvero e non senza ragioni già si fece — di una « lotta per la codificazione »? ⁽⁹⁵⁾

Per valutarne l'andamento e finalmente l'esito urge dapprima appurare il programma di massima di questa società. Che era *nuova* in un senso molto specifico di questo predicato: nuova perché stravolta dalla rivoluzione borghese, perciò decetualizzata e decisa a riorganizzarsi come sollecitava un programma economico caratterizzato dalla tendenziale transizione all'economia monetaria, dalla divisione del lavoro e dal favore ora concesso al terzo fattore produttivo, ossia al capitale. Una svolta epocale, come si vede, che in due fasi distinte occupò tutto l'Ottocento.

a) L'inizio avvenne in sordina, ossia fu marcato proprio solo dal desiderio di unificare geograficamente e socialmente il diritto privato. E di farlo sia per ovviare alla tradizionale contrapposizione *droit écrit/droit coutumier*, che per implementare l'avvenuta soppressione dei ceti. « *Le code civil et uniforme* » ⁽⁹⁶⁾ conteneva perciò

zum BGB, I, Tübingen, Mohr Siebeck, 2003, pp. 34-122, specialmente 98 e ss., 104-105, 122.

⁽⁹⁴⁾ Sul punto P. CARONI, *Gesetz und Gesetzbuch. Beiträge zu einer Kodifikationsgeschichte*, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 2003, pp. 235-236. Non necessita di ulteriori commenti la valenza dapprima negativa, a partire da metà Novecento vieppiù positiva, tributata dalla società tedesca allo stesso, formalmente invariato BGB. Viene sottolineata dagli autori citati *quivi*, p. 236, nota 73, in particolare da H. Schulte-Nölke.

⁽⁹⁵⁾ Come recita il sottotitolo di P. UNGARI, *L'età del codice civile. Lotta per la codificazione e scuole di giurisprudenza nel Risorgimento*, Napoli, ESI, 1967. Titolo poi ripreso da U. PETRONIO, *La lotta per la codificazione*, Torino, Giappichelli, 2002.

⁽⁹⁶⁾ Così J.E.M. PORTALIS in FENET, *Recueil complet*, cit., I, p. CI.

quelle regole finalmente « *communes à tout le royaume* »⁽⁹⁷⁾, che erano originariamente destinate a superare la prima — grazie a una legislazione uniforme — e ad attivare la seconda, generalizzando la soggettività giuridica⁽⁹⁸⁾. Una transizione morbida, pare dunque di capire. Piacque dapprima a Portalis⁽⁹⁹⁾ — dipoi mimato da una folla di volenterosi⁽¹⁰⁰⁾ — riassumerla evocando la metafora della *transaction*. Che grazie alla sua pregnante ambiguità metteva d'accordo un po' tutti: chi si adoperava per cambiare registro, come chi ancora non sapeva (o non poteva) accommiatarsi dalle pratiche finora seguite. Nessuno si meraviglia perciò se, in siffatto contesto, perdurassero impassibili certezze antiche, si ristampassero opere giuridiche tipiche dell'antico regime e di un sistema delle fonti nominalmente accantonato, si consultassero tuttavia repertori e massimari, che il diritto del nuovo codice lo ricordavano, ma solo accanto a quello di estrazione romanistica e consuetudinaria⁽¹⁰¹⁾. Riverberava piuttosto in tutto ciò l'umore di una società, che per il momento si accontentava di squadrare il nuovo con occhiali smerigliati. Troppe cose la tenevano ancor legata al passato, più o meno recente. Come attestano ad esempio il protrarsi di pratiche e situa-

(97) Come preconizzava già la costituzione del 1791, v. P. SAGNAC, *La législation civile de la Révolution française (1789-1804)*, Paris, 1898, p. 47.

(98) *Code civil*, art. 8. Ha riconosciuto per primo l'importanza davvero eccezionale di questa mossa G. TARELLO, *Le ideologie della codificazione nel secolo XVIII*, Genova, Cooperativa Libreria universitaria, 1970, p. 14 e ss., 22 e ss., 173-174; ID., *Storia della cultura giuridica moderna. I. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, il Mulino, 1976, p. 10, 28-41, 223-224.

(99) *Discours préliminaire*, in FENET, *Recueil complet*, cit., I, p. 481.

(100) V. ad es. J. CARBONNIER, *Le Code civil*, in *Les lieux de mémoire*, sous la direction de Pierre Nora, II, *La Nation*, Paris, Gallimard, 1986, pp. 293-315, specialmente 301, 314 nota 21; A.-J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code civil français*, Paris, LGDJ, 1969, pp. 216-217; OST, *Le temps du droit*, cit., pp. 234-235; PETRONIO, *La lotta*, cit., pp. 128-129. Non si limita a ribadire la metafora, ma ne approfondisce la valenza didascalica, F. EWALD, *Naissance du Code civil. La raison du législateur*, Paris, Flammarion, 1989, pp. 289-335.

(101) Così J.-L. HALPÉRIN, *Codification et continuité*, in « *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* », 23 (2001), pp. 300-303, specialmente 302; PETRONIO, *La lotta*, cit., p. 120 e ss.

zioni ancora tributarie dello statualismo prerivoluzionario ⁽¹⁰²⁾; la sopravvivenza di diritti feudali, contrariamente al tenore delle leggi abolizioniste del 1793 ⁽¹⁰³⁾; la conferma di situazioni proprietarie ancora connotate da plurime forme di *démembrement* e la disponibilità dei tribunali a tutelarle ⁽¹⁰⁴⁾. Tutto concorreva, detto in altre parole, a sottolineare « la lenteur avec laquelle le droit moderne s'est substitué au droit traditionnel » ⁽¹⁰⁵⁾.

Una conferma di questa lettura, tutto fuorché trionfale, ci viene poi dal dibattutissimo articolo 7 della legge del 21 marzo 1804 ⁽¹⁰⁶⁾. Non tanto dalle sue parole, che sancivano la soppressione del diritto previgente « dans les matières qui sont l'objet des lois composant le code civil ». Nelle quali taluni videro subito la scontata conferma di una scelta già avvenuta in passato ⁽¹⁰⁷⁾, altri invece l'imprevedibile, e quindi inattesa, forse anche frettolosa decisione dell'ultima ora ⁽¹⁰⁸⁾. Chi ha prudentemente preferito attendere, prima di sentenziare, se non altro per conoscere e valutare dapprima

⁽¹⁰²⁾ Notevolissimo qui l'approfondimento di A. BÜRGE, *Das französische Privatrecht im 19. Jahrhundert. Zwischen Tradition und Pandektenwissenschaft, Liberalismus und Etatismus*, Frankfurt a.M., Klostermann, 1991, p. 295, 296-496 (in merito a cui vedi anche la recensione in « Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte », 16, 1994, pp. 445-448); CARONI, *La storia della codificazione e quella del codice*, cit., p. 64, 69.

⁽¹⁰³⁾ CARONI, *La storia della codificazione e quella del codice*, cit., p. 78, nota 60.

⁽¹⁰⁴⁾ Ivi, pp. 69-70, con la nota 69.

⁽¹⁰⁵⁾ Così J. COUDERT, *Das Fortleben französischer Gewohnheitsrechte aus dem Ancien Régime nach 1804*, in *Französisches Zivilrecht in Europa während des 19. Jahrhunderts*, a cura di R. Schulze, Berlin, Duncker & Humblot, 1994, pp. 37-65, la frase citata a p. 65.

⁽¹⁰⁶⁾ Il dibattito è integralmente verbalizzato in FENET, *Recueil complet*, cit., I, p. LXXX-CXVIII. L'hanno messo ripetutamente al centro delle loro riflessioni PETRONIO, *La lotta*, cit., pp. 107-118, e già prima in *Una categoria storiografica da rivedere*, in « Quaderni fiorentini », 13 (1984), pp. 705-717, specialmente 712-716, nonché in *La nozione di Code civil fra tradizione e innovazione*, in « Quaderni fiorentini », 27 (1998), pp. 83-115, specialmente 88-96; M. ASCHERI, *Dal diritto comune alla codificazione: tra storia e storiografia*, in *El dret comú i Catalunya. Ius proprium-lus commune a Europa*, a cura di A. Iglesia Ferreirós, Barcelona, Fundació Noguera, 1993, pp. 71-83, specialmente p. 73. Se ne occupò recentemente, ma partendo da altre premesse, M.-F. RENOUX-ZAGAMÉ, *Additionnel ou innovatif? Débats et solutions des premières décennies de mise en œuvre du Code civil*, in « Droits », 41 (2005), pp. 19-36, specialmente 26 e ss.

⁽¹⁰⁷⁾ GROSSI, *Code civil: una fonte novissima*, cit., p. 103.

⁽¹⁰⁸⁾ PETRONIO, *Una categoria storiografica*, cit., p. 712, 714.

la reazione del destinatario di questa discussa regola, non se n'è pentito. Risulta infatti che il messaggio sotteso all'articolo 7, destinato com'era a creare un vuoto giuridico più o meno totale, potendosi solo così davvero garantire al nuovo codice una valenza *corrispondente*, quindi ottimale, cadesse lui stavolta nel vuoto, rimanesse cioè dapprima e per decenni ancora sostanzialmente disatteso, così volendo giudici e professori, che nel *code* non videro tanto una drastica rottura con il passato, quanto solo una « *loi additionnelle au droit ancien* », ossia un complesso di regole che non rompevano con il passato, ma si accostavano silenziosamente all'insieme del diritto privato previgente ⁽¹⁰⁹⁾. Fu dunque un esito in tutto e per tutto speculare alla società ancora indecisa del primo Ottocento e già per questo motivo completamente appagata dall'unificazione sociale e da quella territoriale. Accontentandosene aveva infatti ottenuto tutto quanto allora le poteva servire.

b) Ma a partire da metà Ottocento la musica cambiò ovunque e la società venne sempre più inesorabilmente divorata da quegli spiriti, ai quali imprudentemente aveva ammiccato ⁽¹¹⁰⁾. La rivoluzione industriale da un canto, l'inarrestabile dilatazione di un mercato sempre più onnivoro e ubiquitario dall'altro, la sconvolsero *ab imis*, rimuovendo accomodamenti provvisori e rompendo atavici equilibri, finora bene o male operanti. Grazie all'avvenuta decettualizzazione, la concorrenza divenne ora la molla del nuovo sistema economico. Implacabile e impietosa com'era, conveniva agli uni, ma minacciava (quando non distruggeva) gli altri. Si può dirlo anche diversamente: il mercato dilagò a vista d'occhio, contagiò la società ⁽¹¹¹⁾. Che prese dunque a funzionare come il mercato aveva insegnato, mimandone cioè gesti, scelte, certezze. Ne internalizzò di fatto la disciplina e divenne ora, da società codificante qual era, una frenetica società di mercato.

⁽¹⁰⁹⁾ Così (convincendo) RENOUX-ZAGAMÉ, *Additionnel ou innovatif?*, cit., p. 29 e ss., 34. Propendeva comunque per analogo giudizio già A. Saliceti nel frammento citato da SPINOSA, « *Civili in diversissimo modo* », cit., p. 5.

⁽¹¹⁰⁾ « Die ich rief, die Geister/werd ich nun nicht los », J.W. GOETHE, *Der Zauberlehrling*, 1797.

⁽¹¹¹⁾ Sul mercato e sulle regole che lo muovevano, v. ora CARONI, *Privatrecht im 19. Jahrhundert*, cit., p. 130 e ss.

Se è vero che «questa storia è stata raccontata molte volte» ⁽¹¹²⁾, lo stesso non si può dire della sua continuazione, rispettivamente della domanda, che ora ci interpella: quale diritto privato poteva concretamente servire a questa società di mercato? ⁽¹¹³⁾ Se non rivendicava un diritto privato nuovo di zecca, pretendeva ugualmente molto, ossia *un nuovo cielo*, una *diversa cornice* che rinnovasse d'emblée la valenza del quadro. E più concretamente: le serviva (e le bastava) venir fiancheggiata da un sistema giusprivatistico *corrispondente*, cioè speculare alla sua struttura, perciò *altrettanto esclusivo e totalizzante*.

Con il che tutto quanto praticato, condiviso, tollerato o anche solo ventilato finora apparve tendenzialmente inservibile, perciò destinato, prima o poi, a venir rimosso o sostituito. A cominciare dal *vecchio sistema delle fonti*. Troppe cose lo connotavano, che ora risultavano penalizzanti: il suo approccio sapienziale, farraginoso, scomodo e imprevedibile; l'esplicito primato della consuetudine ⁽¹¹⁴⁾, che mortificava l'aspirazione (non nuova, ma ora certo più impellente) alla certezza; il millantato universalismo, più apparente che reale, perciò poco operativo e comunque *démodé*. Tutte ragioni, queste, che gli giocavano contro. Analoghe, anche se meno drastiche, riserve spiegano poi la crescente intolleranza rimpetto a *pratiche, costumi e usi* cresciuti silenziosamente nel tempo, come anche l'aperta diffidenza nei confronti della *legislazione speciale*. Così furono chiamate, a far data da metà Ottocento, improvvise incursioni legislative destinate ovvero a marcare un esplicito cambiamento di rotta ⁽¹¹⁵⁾, ovvero a colmare tempestivamente lacune provocate dall'evoluzione tecnica o economica ⁽¹¹⁶⁾. Se è vero che

⁽¹¹²⁾ Lo constatò un autore famoso, che sapeva bene di cosa parlava: K. POLANYI, *La grande trasformazione*, Torino, Einaudi, 1974, p. 54.

⁽¹¹³⁾ CARONI, *Privatrecht im 19. Jahrhundert*, cit., pp. 33-35, 37.

⁽¹¹⁴⁾ Mi avvalgo anche stavolta di questa nozione nel doppio significato conferitogli da Savigny nel *Beruf* del 1814, vedi *supra*, nota 35.

⁽¹¹⁵⁾ Grazie a questa strategia un po' sbrigativa furono dapprima soppressi gli istituti ancora legati all'economia feudale, più tardi introdotti e disciplinati quelli reclamati dall'economia monetaria, come riassumo in *La storia della codificazione e quella del codice*, cit., pp. 64-65.

⁽¹¹⁶⁾ Gli esempi sono noti: da un canto la legislazione destinata a risolvere i conflitti (e spesso concretamente a risarcire i danni) provocati dalla costruzione della rete

permettevano di gestire in tempo utile un'urgenza circoscritta, è altrettanto innegabile che la loro sporadicità, come anche la mancanza di un valido raccordo con il grosso del diritto civile tradizionale, le rendessero invise ai più. A maggior ragione dispiaceva finalmente la plethora delle *strategie alternative*: ventilate all'ultimo momento da chi temeva un intervento troppo invasivo del legislatore e spesso maldestramente confezionate, rimasero ovunque tendenzialmente inattuatae ⁽¹¹⁷⁾.

Tutte queste cose, queste mezze misure, questi rattoppi dell'ultima ora, oramai non servivano più. Serviva piuttosto — l'ho già ricordato — un *nuovo cielo*, un ricambio totale, la sostituzione di un diritto comune di origine sapienziale-consuetudinaria con uno di estrazione statale-legislativa ⁽¹¹⁸⁾. Un ricambio che — è facile ora intuirlo — nel momento storico solo un codice, uno qualunque, era in grado di garantire. Ragione per cui proprio *quel* codice, che finora si era accontentato di realizzare diritto uniforme, sollecitato dalle circostanze ricordate si mise ora — *restando formalmente invariato* — a crescere, a dilatarsi, a supplire. Occupando capillarmente ogni vuoto, a immagine e somiglianza di quella tensione totalizzante, che oramai muoveva il mercato ⁽¹¹⁹⁾. Diventò discretamente l'epicentro di un nuovo sistema che, grazie al pluralismo normativo, poteva

ferroviaria o dall'esercizio del traffico relativo, dall'altro le molte leggi (societarie, bancarie, assicurative, cambiarie, ecc.) reclamate dalla commercializzazione della società.

⁽¹¹⁷⁾ Fiorirono un po' ovunque, ad Ottocento inoltrato, ma furono tosto dimenticate, proposte dichiaratamente alternative alla strategia codificatrice. Elaborate da politici e giuristi desiderosi di salvare capra e cavoli, cioè di tacitare il desiderio della società, che reclamava regole uniformi, senza però rinunciare a quanto loro ritenevano ancora essenziale, massime (negli stati federali) alla sovranità legislativa dei membri (regioni, cantoni, stati), ordinavano generalmente una difficile acrobazia. Ma la società — come ricorda il testo — non si lasciò irretire da questi appelli dell'ultima ora e scelse di conseguenza. Detto diversamente: aveva sete di totalità ed esclusività, una sete che ovunque solo la codificazione poteva almeno sedare. Scartò perciò ovunque e silenziosamente tutte le proposte alternative, v. CARONI, *Privatrecht im 19. Jabrhundert*, cit., p. 34, 37 e i rinvii ivi segnati.

⁽¹¹⁸⁾ Ragiona analogamente RENOUX-ZAGAMÉ, *Additionnel ou innovatif?*, cit., p. 21. Ma già Adriano Cavanna aveva parlato della necessità di rinnovare « l'intero orizzonte del diritto » (*Storia del diritto moderno in Europa*, cit., p. 258).

⁽¹¹⁹⁾ CARONI, *Quando si esaurisce il ciclo*, cit., pp. 287-292; ID., *La solitudine*, cit., pp. 195-198.

finalmente garantire esclusività e completezza. Ma non solo: varato in capo ad una procedura trasparente, offriva una copertura ottimale del fabbisogno giuridico e lo faceva grazie alla reperibilità diuturna di un diritto più sicuro della consuetudine, perché più visibile, prevedibile, calcolabile, accessibile, dietro al quale vegliava, a garantirne l'applicazione, lo Stato, ora più forte che mai. Alla reticenza del vecchio regime, che spesso amava il silenzio e coltivava il sospetto ⁽¹²⁰⁾, il nuovo corso opponeva così trasparenza e pubblicità.

Al lettore che si fidasse solo delle parole, vi si aggrappasse come a una bussola per non smarrirsi, questo mio racconto sembrerà a dir poco inverosimile. Prima o poi vorrà perciò sapere, a quale fattura o artificio io ricorra, dapprima per imbastirlo, poi per documentarlo. Per comprovare, come dicevo, che il codice — può essere quello francese del 1804, ma anche quello austriaco del 1811 — si dilatò, crebbe, provvide, supplì, *senza che tutto ciò risultasse dalle sue parole*. Se davvero me lo chiedesse, gli risponderei come ho fatto finora. Ossia ribadendo che se il codice davvero è un messaggio, questo arcano potrà svelarlo solo il destinatario, *id est* la società ora appunto *codificata*. Aveva finora intravisto nelle parole del codice tappe e segmenti di una transizione non ancora conclusa, quindi relitti vari di un'economia naturale, di mercantilismo e di statualismo. A partire da metà Ottocento e poi sempre più durevolmente, incalzata dal mercato e agitata dalla concorrenza si accorse che inforcando altri occhiali poteva interpellare (o persino già leggere) diversamente il testo del codice. Per cavarne quanto *ora* urgeva ⁽¹²¹⁾, ad esempio per rimuovere tacitamente, dimenticandole,

⁽¹²⁰⁾ Rinvio a quanto ho già ricordato in *Al di fuori di ogni contrapposizione dialettica: "Vaterländisches Recht" nella Svizzera settecentesca*, in *Il diritto patrio tra diritto comune e codificazione (secoli XVI-XIX)*, Atti del convegno internazionale Alghero, 4-6 novembre 2004, a cura di I. Birocchi, A. Mattone, Roma, Viella, 2006, pp. 173-197, specialmente p. 192, nota 95, cui aggiungo ora: C. SOLIVA, *Das Eidgenössische Stadt- und Landrecht des Zürcher Bürgermeisters Johann Jakob Leu*, Wiesbaden, Franz Steiner, 1969, pp. 41-42; F. ELSENER, *Die Schweizer Rechtsschulen vom 16. bis zum 19. Jahrhundert, unter besonderer Berücksichtigung des Privatrechts*, Zürich, Schulthess, 1975, p. 67 e 129, nota 85.

⁽¹²¹⁾ Proprio così si scoprì a metà Ottocento la vocazione individualistica del *Code* del 1804, ossia la sua virtuale corrispondenza alle libertà funzionali al mercato, che cioè concernevano la concorrenza, il contratto, la proprietà. Illuminante in merito BÜRGE,

regole che non servivano più; oppure per dilatare la valenza di istituti disciplinati da tempo ma finora confinati in ambiti marginali ⁽¹²²⁾, in una parola per affilarlo come l'economia ora suggeriva ⁽¹²³⁾. Agevolata in questo difficile esercizio da una risorsa spesso sottovalutata della lingua dei codici borghesi, ossia dall'astrazione, fu pure confortata da una scienza giuridica vieppiù 'storica', perciò non insensibile ai richiami che si alzavano dal 'sociale' ⁽¹²⁴⁾. E che spingevano ora a promuovere l'individualismo, a garantire la libertà dei contraenti e dei proprietari, a magnificarne l'autonomia negoziale.

Mettiamo il contratto: non l'ha inventato la società ottocentesca, l'ha ereditato dai tempi classici, come sottolineano volentieri i romanisti. Ma solo quando la rivoluzione borghese rimosse tutte quelle strutture istituzionali ed economiche, quindi anche tutte quelle separazioni e pareti, che a lungo l'avevano condannato a un

Das französische Privatrecht im 19. Jahrhundert, cit., p. 48, 104, 123, 133, 277, 295; K. RENNER, *Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion. Ein Beitrag zur Kritik des bürgerlichen Rechts*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1929, p. 142 e ss.; J. GORDLEY, *Myths of the French civil Code*, in « American Journal of Comparative Law », 42 (1994), pp. 459-505, specialmente 459, 462, 466-468, 472, 477-478, 505; K. LUIG, *Kodifikation und Kontinuität*, in « Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte », 23 (2001), p. 305.

⁽¹²²⁾ CARONI, *Quando si esaurisce il ciclo*, cit., p. 288 e ss.

⁽¹²³⁾ In merito A. Bürge ha parlato di un cambiamento di paradigma, e l'ha fatto per contrastare i tentativi di vedere in tutto ciò null'altro che la ripresa di riforme già ventilate durante la grande rivoluzione (BÜRGE, *Das französische Privatrecht im 19. Jahrhundert*, cit., p. 29, 91, 309, 327). Documentano un analogo procedimento le pagine, nelle quali G. Cazzetta descrive come — comunque più tardi e in un contesto solo lontanamente paragonabile — fu possibile tener conto dell'evoluzione sociale e delle rivendicazioni alle quali diede corpo, non tramite legislazione speciale, ma delegando alla scienza il compito di corrispondervi, ribadendo l'unità e la coerenza dell'intatto sistema sotteso al codice. Vedi CAZZETTA, *Codice civile e identità giuridica nazionale*, cit., pp. 150-153, 173-174, 181-182; ID., *Scienza giuridica e trasformazioni sociali. Diritto e lavoro in Italia tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2007, *passim*, specialmente pp. 46-53, 69-72.

⁽¹²⁴⁾ Sull'influsso esercitato dalla scuola storica tedesca in Francia e sull'apertura al 'sociale' così conseguita, ha scritto pagine convincenti BÜRGE, *Das französische Privatrecht im 19. Jahrhundert*, cit., pp. 42-43, 55, 62, 149, 254, 312. Non è superfluo indicare il significato concreto dell'ambiguo predicato: « sociale » qui proprio solo nel senso di « non individuale », quindi attinente alla comunità, come precisa pure HUBER, *Recht und Rechtsverwirklichung*, cit., p. 93 nota 1.

ruolo residuo-marginale, fu possibile generalizzarne l'impiego e farne la pietra angolare di un nuovo diritto privato ⁽¹²⁵⁾. Chi si accontenta delle parole comprensibilmente non se ne accorge. Gli basta rilevare che la nozione del contratto rimase a lungo invariata, sfidò e attraversò apparentemente indenne i secoli e rispunta ora, 'intatta' e vigorosa, dunque con bella continuità, nei nostri codici. Chi invece si stacca dal testo legale, lo scavalca ⁽¹²⁶⁾ e può così rincorrere le parole, non fosse altro che per verificare come la società ottocentesca giorno dopo giorno se ne avvalse, osserverà da vicino qualcosa d'altro, ossia l'esplosione inaudita dell'istituto e la centralità, che lentamente prese a rivendicare.

Riassumo e concludo: solo chi se la sente di continuare il viaggio e di accompagnare le parole del codice, per appurare da vicino come entrano nella società, a chi si aggregano o da chi prendono le distanze, e cosa finalmente provocano, sarà in grado di rispondere in modo convincente al quesito iniziale. Se finalmente ammette, che con il codice tutto sostanzialmente cambiò, lo farà a ragion veduta. Ossia perché nuovo fu tanto il cielo (ma potremmo anche dire l'universo, l'orizzonte, la cornice di riferimento, il sistema delle fonti, ecc.), quanto il modo della società di rapportarsi, di rispecchiarsi di volta in volta in esso, rispettivamente nei suoi diversi elementi.

7. *Guardare le cose dall'alto.*

Sono in chiusura, come si dice talvolta, perciò alla ricerca di un'immagine forte, di una metafora azzeccata, per riassumere e concludere utilmente. Potrebbe essere questa: vedere nel codice un messaggio è impegnativo, perché ci costringe a spostare continuamente l'obiettivo, a puntarlo su una società vivente, quindi in movimento, per capire come via via si impossessa del testo legale, se lo ritaglia più o meno su misura, cosa finalmente ne fa. Un approccio inquieto, se si vuole, ma altresì pagante, è come guardare le cose

⁽¹²⁵⁾ CARONI, *Privatrecht im 19. Jahrhundert*, cit., p. 146 e ss.

⁽¹²⁶⁾ È un verbo, del quale mi servo con la massima circospezione e comunque non nel significato concreto che gli attribuisce SACCO, *Codificare: modo superato di legiferare?*, cit., p. 133.

dall'alto, *questa* potrebbe essere la metafora che cerco. Guardare dall'alto giova anche allo storico, perché dall'alto coglie più nitidamente il movimento delle cose e *la dialettica delle tensioni e dei conflitti*, anche di quelli che non si vedono ad occhio nudo, perché si nascondono dietro ai testi legali e nascono quando ci mettiamo a leggerli, interpretarli e applicarli. Potrà facilmente dedurre che ogni codice, già perché dialoga con la società, e in questo senso interferisce, rideclina costantemente la realtà giuridica. Chiedere allora se un codice cambia qualcosa, date queste premesse, è come chiedere se l'acqua è bagnata.

Per onestà (o per dovere di cronaca, come amano ribadire i giornalisti) vorrei comunque aggiungere — e questo purtroppo non è un dettaglio — che né l'abitudine di osservare dall'alto le cose che si muovono, né le certezze che me ne vengono, sono oggi prevalenti. Campeggiano piuttosto voci *altre*, ossia interpretazioni e certezze di autori, che per un motivo o un altro preferiscono non staccarsi dalle parole, non rincorrerle oltre l'orto concluso del codice, che considerano perciò la loro terraferma. Se ragionano sulla sua storia approdano logicamente a convinzioni lontane dalle mie. Che io rispetto, ma non condivido. Ne riferisco qui brevemente, prima di concludere.

a) Non ci stanno dapprima gli autori ammaliati da quella che chiamano l'« adolescenza dei codici »⁽¹²⁷⁾, ossia da quel tempo felice, puro, incontaminato, che l'idea di un codice completo ed esaustivo ancora non la conosceva⁽¹²⁸⁾ o l'aveva al massimo intra-

⁽¹²⁷⁾ Così PETRONIO, *Una categoria storiografica*, cit., p. 715.

⁽¹²⁸⁾ Già questa affermazione pare discutibile. Del tutto coeva alla gestazione dei codici giusnaturalistici fu infatti l'elaborazione e parzialmente anche l'utilizzazione di nozioni teoriche, alle quali il tema della completezza dei codici non fu estranea. Si pensi al progetto auspicato dai sovrani assoluti (*supra*, nota 25), a quello covato dal legislatore illuminista, alle sfortunate strategie approntate da J. Bentham, purtroppo invise sia all'Imperatrice Caterina di Russia che al Presidente J. Madison, o finalmente ai ragionamenti messi in campo da Savigny per stroncare il piano di Thibaut. Che culminarono proprio nel rimprovero rivolto agli artefici dei processi codificatori di non aver risolto accuratamente il problema della completezza (v. P. CARONI, *Savigny und die Kodifikation. Versuch einer Neudeutung des "Berufes"*, in « Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte », Germanistische Abteilung, 86, 1969, pp. 97-176, specialmente 153 e ss.). Non erano dunque ideologie, queste; nemmeno verità eterne, ma scelte legate al loro

vista come un fantasma ⁽¹²⁹⁾. Ragione per cui anche se sanno che l'*iter* codificatorio non si arrestò a questo punto, ossia dopo aver conseguito l'unificazione sociale e territoriale del diritto privato, ma continuò poi indisturbato il suo corso, lasciano perdere, cioè non se ne curano ⁽¹³⁰⁾. Come se la cosa non li concernesse. Detto diversamente: quanto sta loro a cuore si spegne, la traiettoria che sola li incuriosisce si inabissa, quando il diritto racchiuso dal codice diventa operativo, entra in vigore. A chi però nel codice vedeva un messaggio, dovranno pure prima o poi confessare: il messaggio stavolta non parte ⁽¹³¹⁾.

b) Nemmeno ci stanno gli storici invece pronti a proseguire l'esplorazione, ai quali dunque non sfugge come il codice diventasse, nella seconda metà dell'Ottocento, l'epicentro di un nuovo sistema delle fonti, fatto di leggi e gestito dallo Stato. Solo che la considerano, questa ulteriore tappa, non proprio un trionfo, sibbene una deriva patologica indotta (o quantomeno favorita) da una ideologia

tempo, quindi note e virtualmente disponibili. Che però ai giuristi intenti a elaborare il *code* francese o l'ABGB austriaco — perché comprensibilmente assillati da altre urgenze — non potevano ancora servire. Tutto qui. Sulla nozione di codice messa a punto da Savigny v. anche *infra*, nota 144.

⁽¹²⁹⁾ PETRONIO, *La lotta*, cit., p. 137.

⁽¹³⁰⁾ Petronio sa che il punto finale del processo di codificazione « è anche un punto di partenza » (ivi, p. 8), ma ciò non gli impedisce di studiare esclusivamente « la formazione dei codici » (ivi, p. 7, 9, 11, 14, 67, ecc.). Ossia: *Entstehungsgeschichte* allo stato puro, isolata da tutto il resto, perciò anche senza preistoria e senza epilogo. Un'eventualità letteralmente improponibile a chi vede nel codice un messaggio e già per questo motivo *deve* continuare indefesso la sua perlustrazione.

⁽¹³¹⁾ È comunque utile ricordare che, anche volendo prescindere da questi ragionamenti, esistono davvero situazioni, nelle quali il meccanismo evocato dal carattere 'messaggero' del codice non funziona. Ad esempio laddove il messaggio non può venire recapitato: perché la tradizione privilegia sistematicamente la soluzione stragiudiziale delle controversie tramite la mediazione [come ad esempio in Giappone, vedi Tokiyasu FUJITA, *Die Kodifikation als Voraussetzung für Rezeptionen, aus der japanischen Perspektive*, in *Der Kodifikationsgedanke und das Modell des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB)*, a cura di O. Behrends, W. Sellert, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 2000, pp. 197-205, specialmente 203]; oppure dove il destinatario non può accedere alla fruizione dei messaggi legali perché analfabeta o indigente, come spesso nell'Ottocento da noi e ancora nel Novecento in aree iberoamericane.

totalizzante ⁽¹³²⁾. Altri, che manifestamente non guardano troppo per il sottile, parlano in questo caso di una « superfetazione successiva » ⁽¹³³⁾, altri ancora — rimosse oramai tutte le inibizioni — di un frutto bacato, quando non di spazzatura ⁽¹³⁴⁾. Come si vede ce n'è per tutti, molti itinerari concorrendo a squalificare, persino demonizzare, quanto né conviene, né serve ⁽¹³⁵⁾.

Dispiace, questa frettolosa condanna. Ma più ancora sconcerta che sia stata irrogata senza interpellare il destinatario di tanto 'scempio', ossia quella società, alla quale il nuovo e più severo regime, cioè la transizione a un sistema di codice completo ed

⁽¹³²⁾ Depreca una costante 'infiltrazione' ideologica Ugo Petronio. Così facendo discredita però complessivamente proprio quella seconda tappa dell'*iter* codificatorio, della quale (vedi *supra*, nota 130) non intende occuparsi! Vedi PETRONIO, *Una categoria storiografica*, cit., p. 716; ID., *La nozione*, cit., pp. 84-85, 87, 96; ID., *La lotta*, cit., pp. 72-73, 92, 98, 117, 144 (con ripetuta chiamata in causa di L. MENGONI, *I cinquant'anni del codice civile: considerazioni sulla parte generale delle obbligazioni*, in *La comparazione giuridica alle soglie del terzo millennio*, Scritti in onore di Rodolfo Sacco, Milano, Giuffrè, 1994, II, pp. 751-764, specialmente 752-753); v. anche R. ZIMMERMANN, *Europa und das römische Recht*, in « Archiv für die civilistische Praxis », 202 (2002), pp. 243-316, specialmente 249.

⁽¹³³⁾ « La completezza non è carattere distintivo originario della codificazione (...) ma una superfetazione successiva »: così ASCHERI, *Dal diritto comune*, cit., p. 74. Se nel linguaggio figurato, come suggeriscono i vocabolari, « superfetazione » vale per « aggiunta inutile », allora l'aggettivo (« successivo ») è superfluo, il sostantivo (« superfetazione ») inadeguato, poiché si scontra con il fatto che la transizione *modifica* l'impatto del codice nella società. E sarebbe perciò un'aggiunta utile, rispettivamente costitutiva.

⁽¹³⁴⁾ Così ad esempio gli autori citati in CARONI, *La solitudine*, pp. 97-99, 109-110.

⁽¹³⁵⁾ Chi — alla ricerca di conferme esplicite e in questo senso tendenzialmente prevenuto — rovista nel passato, scarta istintivamente quanto non serve. E lo fa talvolta senza pietà, squalificando in modo grossolano i materiali inservibili. Per secoli dunque anche quegli storici, che rincorrevano proprio solo il diritto romano classico, formularono giudizi poco lusinghieri sulle altre esperienze giuridiche. Savigny le ritenne frutto di « ignoranza e ottusità » (*Beruf*, cit., p. 119), ma già gli umanisti le avevano chiamate « immondizia e ciarpame » (R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, il Mulino, 1987, p. 159), per Leibniz erano semplicemente « ghiande » (F. STURM, *Das römische Recht in der Sicht von Gottfried Wilhelm Leibniz*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1968, p. 44), per Th. Mommsen un mucchio di macerie (T. MOMMSEN, *Juristische Schriften*, III, Berlin, Weidmannsche Buchhandlung, 1907, p. 584), e così via. Anche R. Zimmermann, citato nella nota precedente, si muove in questo alveo scandalosamente manicheo.

esclusivo, era tutto, fuorché indifferente. Di essa i nostri autori sanno palesemente poco e dicono ancora meno⁽¹³⁶⁾. Non una parola sulla natura e l'urgenza del suo 'fabbisogno giuridico', non una sull'eventuale idoneità di un codice ora onnipresente a farsene conto. Davvero troppo poco.

c) Chiude degnamente la serie un terzo gruppo di autori, quello dei negazionisti. Con argomentazioni variabili nel dettaglio, ma univoche nella sostanza, negano che il codice abbia rinnovato il sistema delle fonti. Taluni lo considerano solo un *felice travaso* di verità classiche⁽¹³⁷⁾, ossia di quelle regole sempiterni, che un grande romanista ottocentesco considerava, non a caso, « Grundlage, Quelle und Wurzel der neueren Gesetzbücher »⁽¹³⁸⁾. Altri ne mettono esplicitamente in dubbio l'autonomia e la valenza, lo miniaturizzano riducendolo a « semplice increspatura nella corrente »⁽¹³⁹⁾, incapace di imporsi, perciò destinata prima o poi a

⁽¹³⁶⁾ Mi è già capitato di chiamarlo « purismo giuridico », questo atteggiamento, e di criticarlo come secondo me merita, v. *La solitudine*, cit., p. 95 e ss., 114. Un esempio: in tutta la ricostruzione dell'*iter* codificatorio proposta da Ugo Petronio si legge un solo (fugacissimo, ma comunque assestato) accenno all'economia della società tardo-ottocentesca (PETRONIO, *La lotta*, cit., p. 54).

⁽¹³⁷⁾ Ancora recentemente un giovane romanista svizzero ha scritto un libro di quasi seicento pagine per dimostrarlo. E questo in un paese, nel quale una tradizione sapienziale del diritto comune non fu mai di casa! Vedi P. PICHONNAZ, *Les fondements romains du droit privé*, Paris/Zürich, LGDJ/Schulthess, 2008 (con la recensione, impietosa ma purtroppo non immeritata, di M. Schwaibold in « Rg-Rechtsgeschichte », 15, 2009, pp. 188-190). Quanto a me, ho ribadito tutti i miei dubbi sull'attendibilità storica di questo atteggiamento in *Privatrecht im 19. Jahrhundert*, cit., p. 12, 54-55, 209-210.

⁽¹³⁸⁾ F.L. VON KELLER, *Pandekten*. Aus dem Nachlass des Verfassers herausgegeben von E. Friedberg, Leipzig, Bernhard Tauchnitz, 1861, *Einleitung*, p. XXV.

⁽¹³⁹⁾ Così notoriamente B. WINDSCHEID, *Die geschichtliche Schule in der Rechtswissenschaft*, conferenza del 1878, poi riprodotta in Id., *Gesammelte Reden und Abhandlungen*, herausgegeben von P. Oertmann, Leipzig, 1904, pp. 66-80, la citazione a pp. 75-76: « Als historische Juristen wissen wir, dass das Gesetzbuch nichts sein wird, als ein Punkt in der Entwicklung, fassbarer gewiss als die Wasserwelle im Strome, aber doch nur eine Welle im Strome ». È probabilmente la frase più citata di tutta l'opera del grande pandettista, il che non può sorprendere. La ripropone sistematicamente R. Zimmermann (ad es. *Europa und das römische Recht*, cit., pp. 250-251; Id., *Roman Law, Contemporary Law, European Law. The Civilian Tradition Today*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 17; Id., *Das Bürgerliche Gesetzbuch und die Entwicklung des bürgerlichen Rechts*, in *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, cit., pp. 1-33, la

rifluire nell'alveo tuttora operativo del diritto comune ⁽¹⁴⁰⁾. Tutti finalmente convengono nel riformulare l'impatto del codice: se ha abrogato il diritto romano, lo ha fatto solo in apparenza, ossia in realtà « recependolo in forme nuove » ⁽¹⁴¹⁾. Fu perciò solo un episodio isolato, in realtà una tappa ulteriore, provvisoriamente l'ultima, di un ciclo che noi magari ritenevamo da tempo concluso, quello del diritto comune ⁽¹⁴²⁾.

A questi autori, che mi hanno occasionalmente insegnato cose importanti e che già per questo motivo rispetto; a loro, che di regola giudicano un codice dalle parole e lo fanno talvolta con intransigenza, vorrei concludendo ricordare, che almeno per due motivi potrebbero, prima o poi, ricredersi. *Anzitutto* perché la novità del codice, quanto lo contrassegna rimpetto alle fonti prevalenti finora, quanto ne coglie l'originalità, non necessariamente lo esprimono le singole parole, ma risulta piuttosto dal loro embricarsi, dal loro modo di correlarsi; proprio come un edificio, che è sempre qualcosa

citazione alle pagine 15 e 33; Id., *Codificazione*, cit., pp. 9-10); e vi si appella con invidiabile disinvoltura il suo allievo SCHMIDT, *Zivilrechtskodifikation in Brasilien*, cit., p. 157.

⁽¹⁴⁰⁾ Come vuole del resto la logica sottesa alla contrapposizione *ius commune/ius proprium*. In altre parole: il codice viene sistematicamente smantellato, appare improvvisamente impreciso e lacunoso e ciò ne favorisce il 'recupero' da parte della civilistica tradizionale. Come riassumo in *La solitudine*, cit., pp. 186-193, 225, 226 e ss.

⁽¹⁴¹⁾ ASCHERI, *Dal diritto comune*, cit., p. 74. Ancora recentemente R. Zimmermann ha visto nel *Code* francese del 1804 l'apogeo della recezione del diritto romano in Francia, vedi la citazione in CARONI, *La solitudine*, cit., p. 191.

⁽¹⁴²⁾ Th. MAYER-MALY, *Die Wiederkehr von Rechtsfiguren*, in « Deutsche Juristen-Zeitung », 26 (1971), pp. 1-3; Id., in *Renaissance der Idee der Kodifikation. Das Neue Niederländische Bürgerliche Gesetzbuch 1992*, a cura di F. Bydliniski, Th. Mayer-Maly, J.W. Pichler, Wien/Köln/Weimar, Böhlau, 1991, pp. 64-65 (« Das, was wir jetzt als einen fernen Traum ansehen, haben wir vor 220 Jahren noch bequem gehabt, ein europäisches ius commune, mit dem sich einige Partikularitäten verbunden haben. Dorthin müssen wir wieder zurück. Das geht nicht ohne Rechtsgeschichte »); ASCHERI, *Dal diritto comune*, cit., p. 75, 81; Id., *Dal diritto comune alla codificazione: quale discontinuità*, in *Amicitiae pignus. Studi in ricordo di Adriano Cavanna*, I, Milano, Giuffrè, 2003, I, pp. 23-34, specialmente 32; H. HONSELL, *Die Bedeutung des römischen Rechts für die moderne Zivilrechtsdogmatik*, in *Der praktische Nutzen der Rechtsgeschichte*, H. Hattenhauer zum 8. September 2001, a cura di J. Eckert, Heidelberg, C.F. Müller, 2003, pp. 245-258, specialmente 248. Ricordo altri autori, che condivisero questa interpretazione, in *La solitudine*, cit., pp. 189-190.

di più e di altro di un mucchio di mattoni ⁽¹⁴³⁾. Se dunque anche in tutte le singole parole del codice risuonasse un'eco del passato; se tutte la evocassero in questo o quel dettaglio, ordinarle/disporle nel codice ne modificherebbe comunque la valenza. L'avevano capito al volo i pesi massimi della scuola storica ⁽¹⁴⁴⁾, aveva centrato il bersaglio il loro filosofo di corte F.J. Stahl, quando riconobbe nella diversa « forma dell'autorità » la novità sottesa al codice ⁽¹⁴⁵⁾. Un'autorità ora più robusta, perché totale, complessiva, autonoma; proprio come quella rivendicata dal nuovo 'firmamento' rigato da leggi statali, che vieppiù oscurava quello irrorato dalla consuetudine. Il che spiega agevolmente, come la società potesse sopperire a nuove esigenze anche solo interpretando diversamente regole già note, dilatandone o restringendone la valenza a seconda delle necessità ⁽¹⁴⁶⁾. Chi non tiene conto di tutto questo, dell'invisibile ma operativa novità provocata da un diverso approccio formale ⁽¹⁴⁷⁾, avrà — già per questo motivo — facile gioco nell'affermare che il codice, perché sostanzialmente fece capo allo stesso lessico del diritto precedente, lasciò tutto com'era.

Secondariamente perché accontentarsi delle parole, lasciarsene

⁽¹⁴³⁾ Mi è stata d'aiuto, per capire tutto ciò, la lettura di talune riflessioni di A. DE SAINT-EXUPÉRY, *Citadelle*, ch. III e XX (in *Ceuvres complètes*, Paris, Pléiade, 1999, II, p. 379, 434).

⁽¹⁴⁴⁾ Va forse ricordato che Savigny non si oppose alla proposta codificatrice per vivacizzare un dibattito salottiero, ma per salvare le premesse gnoseologiche del proprio programma scientifico. Vide nello scritto di Thibaut un vero e proprio agguato e gli rispose con l'acqua alla gola. Aveva infatti subito intuito l'insidiosità di una strategia, che riteneva non tecnicamente inespugnabile, ma concretamente del tutto *inutile* proprio quel ritorno alle radici, dal quale il progetto scientifico savignyano traeva linfa vitale. Non sorprende allora che abbia squadrato il codice con attenzione e che l'abbia definito con precisione. Potremmo anche dire: ciò facendo delimitò uno spazio discorsivo, nel quale per tutto l'Ottocento si mosse chi intendeva ragionare sul codice (come ricordo da ultimo in *La solitudine*, cit., p. 189, nota 104).

⁽¹⁴⁵⁾ F.J. STAHL, *Storia della filosofia del diritto*, Torino, Favale, 1853, p. 627.

⁽¹⁴⁶⁾ Così già *supra*, p. 93 e ss.

⁽¹⁴⁷⁾ Approccio opportunamente sottolineato fra altri da CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*, cit., pp. 255-258; A. SCIUMÈ, *I tentativi per la codificazione del diritto commerciale nel Regno italico (1806-1808)*, Milano, Giuffrè, 1982, p. 176; PETRONIO, *Una categoria storiografica*, cit., p. 707; HALPÉRIN, *Codification et continuité*, cit., p. 302; CARONI, *Saggi*, cit., p. 190, 196-197; ID., *Quando si esaurisce il ciclo*, cit., p. 287, 298; ID., *La solitudine*, cit., pp. 195-198.

avvinghiare, secondare incondizionatamente il loro tenore, il loro significato iniziale, così come fu sancito da un parlamento o sanzionato da un sovrano; magari coccolarle perché alimentano la dolce illusione della continuità

— significa in realtà ignorare che anch'esse non vengono risparmiate dallo scorrere del tempo e dall'alternarsi dei contesti, cambiano perciò regolarmente significato e valenza; così che la continuità che esprimono si rivela spesso debole e smorta, perché in realtà solo omofonica e omógrafa ⁽¹⁴⁸⁾;

— ma significa pure votarsi all'ottica del mittente e ritenerlo perciò senz'altro capace di anticipare il destino del suo programma. E per lo stesso motivo tutt'altro che bramoso di seguire le parole del codice quando se ne vanno, di accompagnarle quando arrivano a destinazione, di assisterle quando vengono quivi implementate. Ma se è vero che — come per fortuna capita ancora di leggere — « ciò che conta è, infine, la prassi effettiva » ⁽¹⁴⁹⁾, non potremo più bloccarle, le parole, quando escono dalla penna del legislatore. Sono per loro natura *transitive*. Considerarle tuttavia alla stregua di isole autoreferenziali, sezionarle per carpirne i segreti — come occasionalmente fanno anche storici del diritto tutt'altro che mediocri ⁽¹⁵⁰⁾

⁽¹⁴⁸⁾ Sul punto v. CARONI, *La solitudine*, cit., p. 193 e ss.; ID., *Privatrecht im 19. Jahrhundert*, cit., p. 55; ma vedi anche le rilevazioni di CAZZETTA, *Codice civile e identità giuridica nazionale*, cit., *passim* e specialmente p. X, 97, 143, 166.

⁽¹⁴⁹⁾ A. CAVANNA, *Tramonto e fine degli statuti lombardi*, in *Diritto comune e diritti locali nella storia dell'Europa*. Atti del convegno di Varenna, 12-15 giugno 1979, Milano, Giuffrè, 1980, pp. 305-328, la citazione a p. 311 (ora anche in ID., *Scritti*, cit., I, p. 439 e ss., la citazione a p. 444). Così anche nel già citato studio sul nuovo codice civile brasiliano del 2002, pandettistico nella sua struttura, ma arricchito da questo guizzo estemporaneo: « Bei diesen Überlegungen wird klar, dass der Wert einer Kodifikation vor allem durch das bestimmt wird, was aus ihr gemacht wird » (SCHMIDT, *Zivilrechtskodifikation in Brasilien*, cit., p. 85).

⁽¹⁵⁰⁾ Penso concretamente a tutte quelle ricerche, da tempo in gran voga, che intendono documentare l'influsso esercitato da disposizioni concrete di un codice su un altro codice, ad esempio di paragrafi dell'ALR prussiano del 1794 sul codice civile argentino del 1869 (peraltro noto per il suo taglio eclettico). Poiché generalmente si occupano di sole parole e raramente tengono conto di quanto ho già ricordato (vedi *supra*, pp. 72-73), capita che debbano accontentarsi di un esito deludente — ma scontato —, ossia di scoprire una semplice omonimia. Così ad es. R. KNÜTEL, *Preussisches Recht im argentinischen Código civil von 1869*, in *Festschrift für Hubert Niederländer zum*

— non è più concepibile. O meglio: sarebbe un'aberrazione, sarebbe come voler ingabbiare le rondini alla fine dell'estate, per non lasciarle partire. Le parole del codice sono come le rondini, viaggiare è la loro vocazione. Se dunque nel codice vediamo un messaggio, lo sguardo ideale per catturarle *deve essere binario*, cioè afferrare sia il progetto iniziale, che la sua realizzazione. Quanto avviene dopo l'entrata in vigore non è perciò né un'implicita, lineare, scontata conferma del piano originario, né una deriva, ma un incontro dall'esito imprevedibile fra l'offerta di un codice e l'attesa di una società. In capo al quale si saprà se e quali *avances* del codice piacquero al destinatario, persino lo gratificarono, quali invece piuttosto lo delusero, furono perciò respinte. Rispettivamente quanto del programma iniziale fu realizzato, quanto invece rimase lettera morta o vegetò — comunque irriconoscibile — in qualche nicchia periferica.

Detto diversamente: solo grazie alle informazioni, che ci vorrà o potrà passare il destinatario, sapremo finalmente

— per quale ragione taluni nuovi istituti proposti dal codice non attecchirono mai ⁽¹⁵¹⁾ e

70. *Geburtstag*, a cura di E. Jayme, A. Laufs, K.H. Misera, G. Reinhart, R. Serik, Heidelberg, C. Winter, 1991, pp. 41-56.

⁽¹⁵¹⁾ Fu questo ad esempio il destino degli « asili di famiglia » (gli *homesteads* nordamericani) e della rendita fondiaria, disciplinati i primi dagli articoli 349-359, la seconda dagli artt. 847-850 del Codice civile svizzero del 1907. Gli asili di famiglia, la cui fondazione la legge permetteva senza troppo entusiasmo (ragione per cui la abbandonava in realtà all'iniziativa dei Cantoni), rimasero quello che erano, ossia un istituto estraneo alla mentalità contadina e invisio ai seguaci della libera circolazione dei beni. La rendita fondiaria invece corrispondeva pienamente ai bisogni del ceto rurale, ma non ai desideri delle banche. Che la soffocarono tempestivamente. Sugli asili di famiglia vedi J.-J. ROTEN, *Les asiles de famille en Suisse*, Thèse Université de Berne, Sion, 1926; C. ARIAS, *Il patrimonio familiare nel nuovo codice italiano e l'asilo di famiglia del diritto svizzero*, in « Rivista di diritto svizzero », NS 60 (1941), pp. 318-336; GROSSI, *Assolutismo giuridico*, cit., p. 125, 149, 209. Sul destino della rendita fondiaria è letteralmente esaustivo R. STEPPACHER, *Die Berücksichtigung der bäuerlichen Postulate bei der Entstehung des ZGB und der Revision des OR. Ein Beitrag zur Schweizerischen Kodifikationsgeschichte*, Frankfurt a.M., Peter Lang, 1992, *passim*, in particolare p. 259 e ss.; R. GARRÉ, Recensione dell'opera di R. Steppacher in « Quaderni fiorentini », 23 (1994), pp. 457-459; CARONI, *Privatrecht im 19. Jahrhundert*, cit., p. 32, 238.

— perché invece altri, cacciati dal codice, rientrarono talvolta furtivamente dalla finestra ⁽¹⁵²⁾;

— che talune regole persero cammin facendo la loro funzione iniziale, ed entrarono in una quiescenza talvolta definitiva, altre volte solo transitoria, ossia fino a quando furono destinate a disciplinare nuovi ámbiti. Con il che ripresero tosto vigore ⁽¹⁵³⁾;

— che istituti di chiara connotazione borghese, come la capacità giuridica generalizzata o la proprietà individuale piena e indivisa, se sanciti in un contesto ancora feudale vissero a lungo solo virtualmente, in attesa che si liberasse lo spazio costituzionale, del quale avevano bisogno per allignare ⁽¹⁵⁴⁾;

— che laddove il codice rinunciava a imporre regole tassative,

⁽¹⁵²⁾ Il caso più spettacolare (e anche più studiato) è quello del BGB tedesco. Aveva soppresso taluni istituti di estrazione pandettistica (ad esempio l'*exceptio doli*, la *clausula rebus sic stantibus*, la *culpa in contrabendo*, vedi l'elenco elaborato da LUIG, *Kodifikation und Kontinuität*, cit., p. 306), ma il Reichsgericht poi li riconfermò uno dopo l'altro. Ha approfondito esemplarmente in parecchi contributi proprio questo tema della « continuità larvata » K. LUIG, *Vertragsfreiheit und Äquivalenzprinzip im gemeinen Recht und im BGB. Bemerkungen zur Vorgeschichte des § 138 II BGB*, in *Aspekte europäischer Rechtsgeschichte. Festgabe für Helmut Coing zum 70. Geburtstag*, Frankfurt a.M., Klostermann, 1982, pp. 171-206; Id., *Die Kontinuität allgemeiner Rechtsgrundsätze: Das Beispiel der clausula rebus sic stantibus*, in *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, a cura di R. Zimmermann, R. Knütel, J.P. Meincke, Heidelberg, C.F. Müller, 1999, pp. 171-186; Id., *Richter secundum, praeter oder contra BGB? Das Beispiel der Sicherungsübereignung*, in *Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter. Zur Reaktion der Rechtssprechung auf die Kodifikation des deutschen Privatrechts (1896-1914)*, a cura di U. Falk, H. Mohnhaupt, Frankfurt a.M., Klostermann, 2000, pp. 383-406. Nello stesso senso ZIMMERMANN, *Europa und das römische Recht*, cit., pp. 249-251; Id., *Das Bürgerliche Gesetzbuch und die Entwicklung des bürgerlichen Rechts*, cit., pp. 14-15, 21-22.

⁽¹⁵³⁾ Ne parlano, in epoche e contesti diversi, L.R. VON SALIS, *Der Erlass eines bürgerlichen Gesetzbuches*, Rektoratsrede Basel 1894, Bern/Basel, K.J. Wyss, 1894, pp. 22-23; W. WIEGAND, *Zur theoretischen Begründung der Bodenmobilisierung in der Rechtswissenschaft: der abstrakte Eigentumsbegriff*, in *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert*, a cura di H. Coing, W. Wilhelm, III, Frankfurt a.M., Klostermann, 1976, pp. 118-155, specialmente 154-155.

⁽¹⁵⁴⁾ L'esempio di prammatica lo offre ancora una volta l'ABGB austriaco. L'ho già ricordato (*supra*, note 56-57) e lo ribadisco qui, dopo averne ragionato ancora recentemente sulle pagine di questa rivista, 46 (2017), pp. 883-895, specialmente 890 e ss. Alla situazione così caratterizzata rinvia implicitamente chi sottolinea il carattere visionario dell'ABGB, vedi *supra*, nota 57.

ma elaborava alternative ed esortava i soggetti giuridici a farvi capo scegliendo ⁽¹⁵⁵⁾, in realtà abdicava in favore dell'economia, premiava cioè implicitamente i 'giocatori' più robusti ⁽¹⁵⁶⁾;

— come e con quali esiti concreti furono messe in atto quelle multiformi disposizioni, che permettevano al giusdicente di attingere anche a elementi (o a valori) non già prescritti dal diritto positivo. Come nel caso, sicuramente il più conosciuto, delle *clausule generali* (buona fede, divieto di abuso, buoni costumi, diligentia del bonus pater familias, ecc.), notoriamente capaci del meglio e del peggio ⁽¹⁵⁷⁾;

— se tutte quelle istituzioni, giudici di ogni rango *in primis*, alle quali il codice aveva talvolta concesso, altre volte però ordinato ⁽¹⁵⁸⁾, di intervenire in ambito contrattuale per specificare la portata di una regola o per moderarne l'applicazione, massime tenendo conto delle imparità sociali ed economiche, corrisposero all'esortazione o non preferirono magari defilarsi ⁽¹⁵⁹⁾.

Per finire e riassumendo: la storia dei codici, se studiata muovendo da questa mia proposta odierna, non potrà più essere quella di concetti, istituti, norme e regole gessati nell'immobilità di

⁽¹⁵⁵⁾ Fu chiamata, nell'Ottocento svizzero, la strategia della mano leggera (Strategie der zarten Hand). Permetteva al legislatore liberale di delocalizzare lo scontro fra concorrenti, quindi di spostarlo su un'area esterna al codice, salvando almeno le apparenze, come riassumo in *Privatrecht im 19. Jahrhundert*, cit., p. 31 e ss., 235, 238.

⁽¹⁵⁶⁾ CARONI, *Il mito svelato: Eugen Huber*, cit., pp. 406-409, 412-413; ID., *Privatrecht im 19. Jahrhundert*, cit., pp. 234-240.

⁽¹⁵⁷⁾ Merita stavolta un applauso ZIMMERMANN, *Das Bürgerliche Gesetzbuch und die Entwicklung des bürgerlichen Rechts*, cit., p. 21: «Die Wertungs Offenheit der Generalklausen erwies sich in der Zeit des Nationalsozialismus als Fluch und unter dem Grundgesetz als Segen».

⁽¹⁵⁸⁾ Sulla connotazione giuspolitica di queste due strategie vedi P. CARONI, *Philipp Lotmar und Eugen Huber zur sozialen Frage*, in *Forschungsband Philipp Lotmar (1850-1922)*. Colloquium zum 150. Geburtstag, Bern 15./16. Juni 2000, a cura di P. Caroni, Frankfurt a.M., Klostermann, 2003, pp. 165-193, *passim*, specialmente 171, 187-188; ID., *Saggi*, cit., pp. 89-90; ID., *Privatrecht im 19. Jahrhundert*, cit., pp. 41-42, 65, 157.

⁽¹⁵⁹⁾ Già nella formulazione di questa alternativa gioca l'innato scetticismo, nel quale purtroppo mi riconosco e che è indubbiamente uno dei miei limiti: CARONI, *Il mito svelato: Eugen Huber*, cit., pp. 410-411; ID., *La storia della codificazione e quella del codice*, cit., p. 81, nota 72; ID., *Privatrecht im 19. Jahrhundert*, cit., pp. 39-42, 157, 160-163.

un monumento, che gli storici del diritto hanno a lungo rivendicato come loro esclusiva riserva di caccia. Sarà piuttosto la storia di concetti, istituti, norme e regole che si muovono e operano nel tempo, grazie ai quali il codice vive e funziona, ossia non solo conferma e aggiorna, ma pure incide e cambia. Detto per un'ultima volta diversamente: sarà la storia di un testo, la cui ieratica asetticità iniziale si scioglierà nella società, così come la neve si squaglia nel solleone agostano.

MARCO SABBIONETI

« LIKE A BALL BETWEEN TWO EXPERT TENNIS PLAYERS »
LIBERTÀ DEL MARE
E COMMERCIO NEUTRALE TRA GIURISPRUDENZA
E RELAZIONI INTERNAZIONALI (1756-1812)

1. 1756: *L'annus horribilis* del commercio neutrale. — 2. La disputa anglo-olandese. — 3. L'intreccio tra *admiralty law* e diritto commerciale: il caso *Berens v. Rucker*. — 4. La disputa anglo-americana: alle origini del trattato Monroe-Pinkney. — 5. Madison smaschera l'ipocrisia britannica. — 6. Dal caso *Polly* alla denuncia della prostituzione delle bandiere neutrali. — 7. La tensione si accentua: il caso *Essex* e le proteste dell'opinione pubblica americana. — 8. Il fallimento del trattato Monroe-Pinkney.

1. 1756: *L'annus horribilis del commercio neutrale*.

Nel mese di giugno del 1798, il capitano Thomas McKnight⁽¹⁾, originario di Alexandria (Virginia), lascia gli Stati Uniti in direzione di Cadice, al comando della *Polly and Nancy*, con un carico di tabacco. Dopo circa trenta giorni, la *Polly and Nancy* viene fermata da un vascello britannico, che le impedisce di raggiungere il porto iberico. Nemmeno il tempo di decidere il da farsi, che la nave di McKnight viene raggiunta da un *privateer* francese, che la scorta sino ad Algeciras, dove gli uomini dell'equipaggio vengono malmenati e la nave resta sotto sequestro sino al mese di ottobre, quando è autorizzata a riprendere il viaggio per Cadice, dove stavolta riesce finalmente ad attraccare. Il 4 novembre il mercantile riparte in

⁽¹⁾ La vicenda del capitano McKnight si può ricostruire grazie al fascicolo conservato nei *McKnight Family Papers*, appartenente alle *Special Collections* della *University of Virginia Library*. Ringrazio Anne Causey per avermi gentilmente inviato una copia digitale del manoscritto. Si veda anche A.G. CROTHERS, *Commercial Risk and Capital Formation in Early America: Virginia Merchants and the Rise of American Marine Insurance, 1750-1815*, in « The Business History Review », 78 (2004), pp. 607-633.

direzione di Alexandria con un carico di riso, frutta e sale. Ma neppure il viaggio di ritorno si rivela fortunato: dopo tre settimane, infatti, gli uomini dell'equipaggio si accorgono che a causa di un danno sullo scafo la nave sta iniziando a imbarcare acqua; come se non bastasse, il 10 dicembre la *Polly and Nancy*, già piuttosto male in arnese, si imbatte in un violento uragano, che provoca danni ingenti, distruggendo gran parte delle vele e del sartiame. Navigando con una vela di fortuna, McKnight decide di fare rotta verso le Indie Occidentali e nel gennaio del 1799 giunge al largo di Antigua. Ma il benvenuto non è dei migliori: la *Polly and Nancy* viene abbordata dallo *schooner* armato *Tickler* e scortata sino a St. John, dove si consuma il capitolo finale della sfortunata vicenda. Su ordine della corte di *Vice-Admiralty* di Antigua, il carico viene venduto sull'isola, mentre la nave è smantellata e venduta come rottame: al povero capitano spettano soltanto gli eventuali proventi della vendita di ciò che resta della nave. Le disavventure del capitano McKnight, degne di un racconto di Joseph Conrad, ci permettono di introdurre con un minimo di vivacità il tema oggetto di questo saggio, il cui scopo è quello di ripercorrere le vicissitudini della libertà dei mari, della sicurezza dei traffici commerciali marittimi e dello *status* giuridico della proprietà neutrale tra Sette e Ottocento ⁽²⁾.

Il nostro racconto prende le mosse dalla seconda metà del XVIII secolo e può addirittura farsi forte di una data, da appuntare come termine *a quo* di una narrazione cui non mancherà un certo grado di semplificazione. La data in questione è il 1756, nel bel mezzo di un lungo conflitto ritenuto da taluni, forse non a torto, una sorta di embrione di prima guerra mondiale ⁽³⁾. Tale notazione,

⁽²⁾ L'idea da cui trae origine questo saggio è quella di ripercorrere le vicende storico-giuridiche del commercio neutrale e della libertà del mare tra Sette e Ottocento utilizzando un approccio prevalentemente giurisprudenziale. Com'è stato notato da autorevole storiografia, in età contemporanea la riflessione intorno ai «fondamenti stessi del diritto internazionale» e alle «condizioni» e «limiti della sua applicabilità» fu notevolmente incoraggiata dal lavoro incessante della giurisprudenza. Cfr. L. NUZZO, *Origini di una scienza-Diritto internazionale e colonialismo nel XIX secolo*, Frankfurt am Main, 2012, p. 23 e ss., p. 27, cui si rimanda anche per i ricchissimi riferimenti bibliografici.

⁽³⁾ Cfr. W. CHURCHILL, *A History of the English-Speaking Peoples — The Age of Revolution*, New York, 1956, p. 127 e ss.

divenuta ormai quasi proverbiale in storiografia, trae origine dalla considerazione del carattere globale di tale guerra, nella quale la dimensione oceanica assume un ruolo inedito, anche per effetto dell'emergere del Nord America come attore fondamentale del nuovo ordine internazionale che va rapidamente delineandosi. Non a caso, la guerra dei Sette Anni è stata raccontata come una « transatlantic history », a partire cioè da una prospettiva che fa del mare aperto, dell'oceano, la chiave interpretativa fondamentale di tale evento ⁽⁴⁾. Parlare di una guerra transatlantica significa, com'è ovvio, evidenziare il carattere eminentemente marittimo di tale conflitto ⁽⁵⁾, il che è decisivo per comprendere le ragioni che ne hanno determinato l'esito. Infatti, pur essendo indiscutibilmente la potenza egemone sul continente europeo e pur potendo vantare una posizione di superiorità nelle regioni interne del continente nord-americano rispetto alla presenza inglese, prevalentemente concentrata sulla costa, è il mare a segnare in negativo le sorti del conflitto nella prospettiva francese.

La Gran Bretagna raggiunge una schiacciante superiorità navale già intorno alla primavera del 1758: la *Royal Navy* poteva allora contare su 82 vascelli di secondo rango, con un armamento che andava dai 60 ai 100 cannoni, su 24 vascelli di terzo rango, dotati ciascuno di un massimo di 60 cannoni, e su 120 tra fregate e *sloops*, ovvero navi veloci non classificate, oltre che su un equipaggio esperto di oltre 70.000 marinai. Tale flotta, circa quattro volte superiore rispetto a quella francese, era perfettamente in grado di tenere sotto scacco gli snodi marittimi fondamentali, sia dal punto di vista militare che commerciale, della potenza rivale, a cominciare dal porto di Brest e dal golfo di Biscaglia. Un investimento di proporzioni così imponenti sullo sviluppo della *Royal Navy* non era casuale. Esso era infatti necessario per assicurare l'adempimento di uno dei

⁽⁴⁾ Cfr. M. SCHUMANN, K. SCHWEIZER, *The Seven Years War — A Transatlantic History*, London, 2008.

⁽⁵⁾ È in tale periodo che si perfeziona il processo storico evidenziato da Schmitt, là dove sottolinea come « con il riferimento alla libertà dei mari del secolo XVI va in pezzi non già il diritto romano, ma qualcosa di completamente diverso, ovvero l'antico ed elementare fatto che il diritto e la pace vigono originariamente solo sulla terra ferma », C. SCHMITT, *Il nomos della terra nel diritto internazionale dello « jus publicum europaeum »*, trad. it., Milano, 1991, p. 94.

compiti istituzionali tipici della marina britannica, ovvero la protezione dei traffici commerciali; riflesso, a sua volta, di quella scelta per il mare caratteristica del mondo anglosassone ⁽⁶⁾, alla cui base vi era la sempre più solida comunanza di interessi tra la aristocrazia egemone e la borghesia mercantile ⁽⁷⁾, fenomeno in larga misura sconosciuto nell'orizzonte francese, dominato da una aristocrazia prettamente feudale, assai statica, e sempre più lontana dal tessuto economico-sociale del Paese. Nella seconda metà del Settecento, il ruolo centrale dei traffici commerciali via mare e la necessità di garantirne la sicurezza mediante la sorveglianza militare era ormai un fatto assodato, la cui rilevanza appariva di immediato interesse per l'opinione pubblica ⁽⁸⁾.

È questo il contesto nel quale la giurisprudenza britannica, sulla spinta di evidenti pressioni di carattere politico ⁽⁹⁾, elabora due capitoli fondamentali del diritto di preda: la regola di guerra e la

⁽⁶⁾ Scelta in virtù della quale essa divenne «la portatrice di una visione marittima universale dell'ordinamento eurocentrico, custode dell'altro aspetto dello jus publicum Europaeum, signora dell'equilibrio di terra e mare», cfr. SCHMITT, *Il nomos della terra*, cit., p. 209. È tale scelta che segna l'ingresso nella modernità dell'ordine giuridico internazionale, che per tutta l'età classica e medievale era stato un ordine terraneo, caratterizzato da civiltà continentali, potamiche, talassiche, ma rigorosamente non oceaniche: cfr. F. RUSCHI, *Leviathan e Behemoth. Modelli egemonici e spazi coloniali in Carl Schmitt*, in «Quaderni fiorentini», 33/34 (2004/2005), pp. 379-462, p. 396. Ed è in virtù di tale scelta che l'Inghilterra diventa padrona indiscussa dei mari, in forza di una supremazia «fondata, prima ancora che sulle bordate dei vascelli di linea, sul precipuo carattere dell'ordinamento dei mari, in cui la retorica della libertà dei mari si saldava allo jus praedae invocato dall'Inghilterra a giustificazione della propria politica», cfr. RUSCHI, *Leviathan e Behemoth*, cit., p. 424.

⁽⁷⁾ Ciò secondo l'interpretazione schmittiana che, fedele alla tradizione storiografica britannica, scorge le cause dell'espansionismo talassocratico dell'Inghilterra nella pressione di forze non statali, nella society, intesa come l'insieme delle forze sociali ed economiche del Paese. Cfr. SCHMITT, *Il nomos della terra*, cit., p. 53; RUSCHI, *Leviathan e Behemoth*, cit., p. 434.

⁽⁸⁾ Cfr. D.A. BAUGH, *The global Seven Years War, 1754-1763: Britain and France in great Power Contest*, London, 2011, p. 621 e ss.; R. MORRIS, *The Foundations of British Maritime Ascendancy*, Cambridge, 2011, p. 131 e ss.

⁽⁹⁾ Si tratta in realtà di una innovazione frutto di un intreccio inestricabile tra politica e giustizia, nel quale i giudici appaiono più che altro fedeli esecutori, a livello tecnico-giuridico, di un *desideratum* ben preciso, formulato con lucidità negli ambienti governativi: cfr. R. PARES, *Colonial blockade and neutral rights 1739-1763*, Oxford, 1938, p. 180 e s.

dottrina del viaggio continuo. Com'è tipico della storia del *common law*, il cui progresso avviene non ad opera di collegi giudicanti magari prestigiosi ma tendenzialmente anonimi, ma per effetto dell'emergere di personalità forti, destinate a lasciare una traccia indelebile su un'intera epoca e a essere infine accolte nel *pantheon* della storia giuridica occidentale, anche in questo caso i protagonisti sono chiaramente identificabili, hanno nomi e cognomi difficili da dimenticare e una biografia, non solo scientifica, di tutto rilievo. Tra questi, in un posto di primissima fila, possiamo citare senz'altro Sir William Murray, I conte di Mansfield, *Chief Justice* del *King's Bench*, ritenuto il più eminente giurista britannico del XVIII secolo, Sir James Marriott, pioniere dell'*Admiralty Law*, e soprattutto Sir William Scott, Lord Stowell, anima e pilastro per oltre un trentennio della *High Court of Admiralty*, indubbiamente il personaggio centrale del nostro racconto. Divenuto membro effettivo di tale organo nel 1798, alle soglie dell'avvento al potere di Napoleone, dopo aver assistito con sofferenza alle fasi finali della guerra di indipendenza americana, vissuta come una « traumatic personal loss »⁽¹⁰⁾ da un uomo per natura e per tradizione familiare incline al conservatorismo, Scott si trova a gestire un « giocattolo » tutt'altro che inoffensivo, le cui pronunce finiscono per assumere un ruolo centrale nel complesso scenario internazionale dell'epoca, nel quale il mare aperto diventa il luogo decisivo per orientare le sorti dei conflitti endemici che funestano il vecchio continente. Scott, insieme ai suoi colleghi, riprende e fa tesoro delle dottrine elaborate dalla tradizione giuridica inglese nel corso della seconda metà del XVIII secolo, sviluppandole in tutta la loro potenzialità e applicandole con efficacia implacabile.

Il conflitto che lacera il vecchio continente a metà Settecento ha un effetto dirompente sulla storia del *prize law*. Le colonie delle varie potenze in lizza non sono più soltanto la proiezione lontana di sovranità in lotta nella tradizionale arena europea; diventano al contrario uno dei luoghi di elezione del conflitto e rappresentano più che in passato, quando ad essere in gioco erano i domini iberici, l'oggetto degli appetiti di conquista dei vari contendenti. Questo

(10) Cfr. H.J. BOURGUIGNON, *Sir William Scott, Lord Stowell — Judge of the High Court of Admiralty, 1798-1828*, Cambridge, 2004, p. 41.

provoca gradualmente un significativo mutamento nel modo di concepire la proprietà nemica intercettata in alto mare, rispetto a quella che era stata da sempre la tradizione britannica in materia. Non più soltanto un « lawful prize », sequestrabile senza che ciò significasse necessariamente annettere a tale atto valenze strategico-politiche ulteriori; al contrario, essa diventa una proprietà da sottoporre a sequestro al preciso scopo di fiaccare la resistenza del nemico, strozzandone l'attività commerciale e rendendo impossibile l'approvvigionamento di beni e servizi anche non direttamente collegati al sostentamento dello sforzo bellico: « of what use to be masters of the seas, if the enemy was entitled to furl his own flag and carry on his normal commerce in the shops of neutrals? »: ecco la domanda che rimbalza tra politici, giudici e opinione pubblica britannica ⁽¹¹⁾.

A tal fine, la regola aurea, rappresentata dal divieto di contrabbando, con la classica distinzione groziana tra contrabbando assoluto e contrabbando relativo ⁽¹²⁾, si rivela insufficiente. Questo perché lo stesso oggetto poteva essere considerato o meno merce di contrabbando a seconda della destinazione finale e subire quindi una sorte opposta nei due casi, il sequestro, nel caso in cui risultasse spedito a un porto nemico, il rilascio nel caso in cui fosse indirizzato allo scalo di un paese in pace. È evidente come fosse relativamente facile per le compagnie commerciali aggirare il divieto del contrabbando scongiurando il rischio del sequestro della merce: bastava spezzare il viaggio, indicando cioè come meta finale un porto neutrale e inserendo uno scalo intermedio in un porto nemico. Le autorità britanniche, per questo, iniziano a considerare « continuo » il viaggio, ritenendo cioè che lo scalo in un porto neutrale o una destinazione finale neutrale, qualora vi fosse stato uno scalo intermedio in un porto nemico, non potevano valere per sanare il viaggio, che quindi era da considerarsi illegittimo in quanto espressione di un commercio di contrabbando. Come se non bastasse, a tale regola se ne affianca un'altra, quella che considera illecito il traffico neutrale

⁽¹¹⁾ Cfr. C.B. ELLIOTT, *The Doctrine of Continuous Voyage*, in « The American Journal of International Law », 1 (1907), pp. 61-104, p. 1 e s.

⁽¹²⁾ Sul punto si veda, *e multis*, H. WHEATON, *History of the Law of Nations in Europe and America*, New York, 1845, p. 126 e ss.

su rotte altrimenti di monopolio esclusivo del belligerante, come la navigazione di cabotaggio o il traffico commerciale con le colonie, entrambi preclusi ai neutrali in tempo di pace ⁽¹³⁾. Tali dottrine vengono riassunte in una massima assai efficace, che ne coglie l'intera essenza: « one is not permitted to do by indirection what he is forbidden to do directly » ⁽¹⁴⁾. Queste regole, sapientemente applicate, producono effetti devastanti sulla libertà dei commerci marittimi nel lungo lasso di tempo che separa la genesi della regola di guerra dalla Conferenza di Parigi del 1856.

Non che, sia detto per inciso, il sistema francese fosse più tenero nei confronti dei neutrali ⁽¹⁵⁾. I regolamenti transalpini applicavano infatti il criterio della proprietà nemica, inasprendolo talvolta con quello della produzione nemica. Ne derivava una disciplina infernale, punteggiata di eccezioni difficili da superare. Tanto per cominciare, vigeva il principio in base al quale nessuna nave neutrale poteva trasportare merci nemiche, a meno che il Paese di appartenenza non fosse legittimato a farlo dall'esistenza di un apposito trattato. Vi erano inoltre svariate limitazioni imposte agli stessi neutrali che svolgevano attività commerciale per proprio conto. Potevano ad esempio trasportare beni prodotti dal proprio Paese (ad eccezione dei beni di contrabbando) dai propri porti a quelli del nemico, così come potevano trasportare i prodotti del nemico da un porto di quest'ultimo a un porto neutrale. Non potevano però riesportare beni prodotti dal nemico da un porto neutrale all'altro, né da un porto neutrale a un altro porto del nemico, benché fossero legittimati a consegnare al nemico beni prodotti da altri Paesi neutrali. Inoltre, non potevano trasportare i beni prodotti dal nemico verso porti diversi da quelli del Paese neutrale cui apparteneva la nave ⁽¹⁶⁾.

⁽¹³⁾ Cfr. S. MANNONI, *Potenza e ragione. La scienza del diritto internazionale nella crisi dell'equilibrio europeo (1870-1914)*, Milano, 1999, p. 217 e s.

⁽¹⁴⁾ Cfr. L.H. WOOLSEY, *Early cases on the Doctrine of Continuous Voyage*, in « The American Journal of International Law », IV (1910), pp. 823-847, p. 823.

⁽¹⁵⁾ Cfr. MANNONI, *Potenza e ragione*, cit., p. 214.

⁽¹⁶⁾ Cfr. R.J. VALIN, *Traité des prises ou principes de la jurisprudence française concernant les prises qui se font sur mer*, I, La Rochelle, 1763, p. 49. Il risultato del ravvedimento di cui parla Valin è rappresentato dagli artt. 6, 7 e 11 della Ordonnance de la marine, integrati dal Regolamento del 17 febbraio 1694, del 23 luglio 1704 e del 21

Tuttavia, a dispetto di tali restrizioni, si trattava di un sistema a conti fatti meno implacabile, e ciò per due ragioni fondamentali: la prima, e più ovvia, era rappresentata dalle dimensioni incomparabilmente inferiori della flotta transalpina rispetto a quella britannica; la seconda, più sottile, era implicita nella *ratio* cui tale disciplina si ispirava: quella tipica di un Paese manifatturiero, nella cui bilancia commerciale l'esportazione di merci occupa un ruolo preponderante, e il cui obiettivo, pertanto, più che un blocco indiscriminato del commercio da e verso le colonie nemiche, non poteva che essere quello di provocare la bancarotta della potenza ostile bloccandone con ogni mezzo le esportazioni. In tale disciplina, in altre parole, i concetti centrali sono quelli di produzione e di (ri)esportazione, mentre nella visione britannica centrale è piuttosto l'approvvigionamento di beni da parte della potenza belligerante e il sostentamento dei suoi domini coloniali anche tramite l'apertura di essi a *partner* commerciali precedentemente esclusi.

È fondamentale ricordare che le regole di cui ci stiamo occupando vengono elaborate dalla giurisprudenza britannica nonostante la vigenza del Trattato Anglo-Olandese del 1674, a suo tempo concluso dal Regno Unito nella speranza di imporsi rapidamente sulla scena mondiale come soggetto leader del commercio neutrale. Il *Marine Treaty*, concluso nel dicembre del 1674, deve considerarsi una sorta di appendice del Trattato di Westminster, firmato il 19 febbraio di quello stesso anno da Carlo II e ratificato il 5 marzo dai plenipotenziari dei Paesi Bassi, con il quale si pone termine alla terza guerra anglo-olandese⁽¹⁷⁾. L'articolo I di tale trattato afferma la piena e completa libertà per le navi del Regno Unito di intrattenere rapporti commerciali con tutti quei Paesi o Regni con i quali abbia

Ottobre 1744. L'art. 7 del Titolo IX dell'*Ordonnance de la marine* stabilisce infatti che: « Tous navires qui se trouveront chargez d'effets appartenans à nos Ennemis et les Marchandises de nos Sujets ou Alliez qui se trouveront dans un Navire Enemy, seront pareillement de bonne prise ». L'art. 5 del Regolamento del 23 luglio del 1704 ribadisce che « s'il se trouve sur les vaisseaux neutres, des effets appartenants aux ennemis de sa Majesté, les vaisseaux et tous les chargements seront de bonne prise, conformément audit article 7 de l'Ordonnance de la Marine ».

(17) Sul diritto marittimo di natura convenzionale e in particolare sui trattati conclusi dal Regno Unito che riconoscono il principio *free ships, free goods*, cfr. WHEATON, *History of the Law of Nations*, cit., p. 115 e ss.

rapporti di pace e di amicizia, escludendo espressamente la possibilità che la flotta dei Paesi Bassi possa in alcun modo arrecare ostacolo a tale attività, con il pretesto di un conflitto in atto.

Il tenore letterale dell'accordo non dà adito a dubbi di sorta. Vi si afferma infatti la piena e incondizionata libertà di navigazione e di commercio, con l'unica eccezione del commercio dei beni rientranti nella lista tassativa (prevista dall'art. III) relativa al contrabbando. Le merci non di contrabbando possono essere trasportate liberamente e consegnate a porti o località « under the obedience of enemies, except only towns or places besieged, environed, or invested ». Decisiva, per l'esatta comprensione del trattato, è la postilla o clausola dichiaratoria aggiunta successivamente, alla presenza di Sir William Temple, rappresentante del Regno Unito, e di otto commissari rappresentanti dei Paesi Bassi, il cui scopo è quello di fugare ogni possibile equivoco circa l'autentico tenore letterale dell'accordo. In essa si chiarisce senza ambiguità il significato del *Marine Treaty* del 1674: « the true meaning and intention of the said article is, and ought to be, that ships and vessels belonging to the subjects of either of the parties, can and might, from the time that the said article were concluded, not only pass, traffic and trade, from a neutral port or place, to a place in enmity with the other party, whether the said places belong to one and the same prince or State, or to several princes or States, with whom the other party is in war. And we declare that this is the true and genuine sense and meaning of the said articles; pursuant whereunto we understand that the said articles are to be observed and executed on all occasions, on the part of his said majesty, and the said States General, and their respective subjects ». Dobbiamo adesso soffermarci brevemente sulle conseguenze pratiche di tale accordo.

2. *La disputa anglo-olandese.*

Il trattato in questione, a conti fatti, si rivela fallimentare per la corona britannica: saranno infatti gli Olandesi a ricavarne il maggior profitto, emergendo come potenza mercantile neutrale, a discapito del soggetto forte (almeno sulla carta) di tale accordo, che di lì a poco si troverà invischiato in una lunga serie di conflitti con le diverse potenze europee, in un crescendo ininterrotto, sino agli anni

convulsi e cruciali delle guerre napoleoniche. Non c'è da stupirsi allora se assistiamo, a vari livelli nella società inglese del tempo, al diffondersi di una animosità crescente contro il « *damt Dutch* », contro i neutrali infingardi, i cui profitti commerciali crescenti, ottenuti a spese dei belligeranti, appaiono intollerabili.

L'oggetto principale degli strali britannici è rappresentato dal traffico commerciale con le colonie. E questo per una duplice ragione: in primo luogo, perché si tratta certamente del commercio più proficuo per i neutrali; in secondo luogo, perché tale attività vanifica o rallenta notevolmente il conseguimento dell'obiettivo primario della Guerra dei Sette Anni, ovvero la conquista dei possedimenti coloniali nemici ⁽¹⁸⁾.

Non potendo tuttavia ignorare il Trattato, ancora formalmente vigente al momento dello scoppio della guerra dei Sette Anni, la giurisprudenza britannica si sforza di depotenziarlo, rendendolo di fatto irrilevante. Tanto per cominciare, facendo leva sulla clausola *rebus sic stantibus*, si esclude espressamente l'applicabilità del trattato al commercio con le colonie americane, dal momento che gli Olandesi non avevano con esse alcuna relazione commerciale al momento della conclusione del *Marine Treaty*; in secondo luogo, si distingue l'ipotesi del commercio con il nemico, lecito perché destinato a svolgersi lungo itinerari mercantili consolidati, dal commercio per il nemico, illecito perché inevitabilmente destinato a svolgersi lungo itinerari nuovi, creati *ad hoc* o resi accessibili ai neutrali, a seguito delle necessità imposte dallo sforzo bellico. Ne deriva che, qualora le potenze europee, per aggirare la pressione esercitata dalla flotta britannica, decidano di aprire al commercio neutrale tratte mercantili in precedenza precluse, tale commercio deve ritenersi effettuato per il nemico, in palese violazione dei doveri di neutralità, e perciò estraneo alla sfera di applicazione del *Marine Treaty*. Senonché, di lì a poco, tale distinzione inizia ad assumere una sfumatura diversa: commercio per il nemico diventa sinonimo di un commercio nuovo, un commercio su rotte inedite, di un « new-

(18) Cfr. PARES, *Colonial blockade*, cit., p. 196.

invented trade » la cui esistenza sembra inconciliabile con i doveri tipici della neutralità (19).

Gli argomenti contrari alla interpretazione estensiva del Trattato adottata dalla controparte olandese si trovano magistralmente sintetizzati in un vivace pamphlet pubblicato nel 1755 da James Marriott, altro uomo forte della *Court of Admiralty*. Oltre al *Formulare Instrumentarum*, manuale di *Admiralty Law* di grande successo, destinato a esercitare una significativa influenza oltre oceano, Marriott redige una serie di opere brevi, di notevole efficacia, tra le quali, in particolare, il *Case of the Dutch Ships considered* (20), il cui scopo è precisamente la difesa del presunto significato autentico del *Marine Treaty*.

Il pamphlet in questione ruota tutto attorno a una domanda centrale, alla quale Marriott, da par suo, si sforza di dare una risposta difficilmente oppugnabile: si può davvero sostenere che i sudditi olandesi, in uno scenario internazionale dominato dal conflitto anglo-francese, abbiano onorato gli obblighi derivanti dalla relazione di neutralità (21) e di amicizia che li lega alla Corona britannica? Non si tratta di un problema da poco, giacché un'eventuale risposta negativa varrebbe di per sé a negare i benefici connessi alla neutralità a favore dei Paesi Bassi, con tutte le conseguenze del caso: « in the present War between England and France, have the Subjects of Holland discharged their Duty, in the Relation which they bear to England as neutral Friends and Allies, so as to entitle them to any Benefit of Neutrality, or to the Privileges that are supposed to belong to them by any Treaty? » (22). A partire da un'analisi puntigliosa degli articoli del Trattato, Marriott ricava due principi, il primo connesso a una affermazione positiva: i beni che possono essere oggetto di trasporto in tempo di pace, possono esserlo anche in tempo di guerra; il secondo connesso invece a una

(19) Cfr. *ivi*, p. 186.

(20) Cfr. J. MARRIOT, *The case of the Dutch ships considered*, London, 1778⁴.

(21) Sulla nozione di neutralità e sui diritti e obblighi dei neutrali, cfr. J.C. BLUNTSCHLI, *Das moderne Völkerrecht der civilisirten Staten als Rechtsbuch dargestellt*, Nördlingen, 1868, p. 403 e ss.; G.-F. DE MARTENS, *Précis du droit des gens moderne de l'Europe*, Paris, 1864, II, p. 297 e ss. In particolare, sulle prerogative e i diritti a tutela del commercio neutrale, cfr. DE MARTENS, *Précis du droit des gens*, cit., I, p. 379 e ss.

(22) MARRIOT, *The case of the Dutch ships considered*, cit., p. 27.

affermazione negativa, ricavata per inferenza: i beni che non possono essere oggetto di trasporto in tempo di pace, non possono esserlo neppure in tempo di guerra.

Tale distinzione viene deliberatamente ignorata dalla flotta olandese la quale, nella gestione dei propri traffici commerciali, fa leva essenzialmente sull'art. VIII del Trattato, da cui sembra potersi dedurre l'assoluta e incondizionata libertà delle merci caricate su navi olandesi anche qualora siano dichiaratamente di proprietà del nemico: « All that which shall be found put on-board ships belonging to the subjects of the Lords of the States, shall be accounted clear and free, altho' the whole lading, or any part thereof, by just title of property, should belong to the enemies of his Majesty (except always contraband goods), which being intercepted, all things shall be done, according to the meaning and direction of the foregoing articles ».

Si tratta tuttavia, nota Marriott, di una interpretazione che non tiene conto della natura straordinaria del *Marine Treaty*, il quale a suo modo rappresenta un *unicum* nel complicato scenario delle relazioni internazionali dell'epoca. Essendo un accordo « eccentrico », deve trovare applicazione, anche in questo caso, uno dei principi fondamentali dell'ermeneutica giuridica, quello cioè in base al quale norme di natura straordinaria non possono ritenersi dotate di una sorta di illimitata capacità espansiva, ma devono al contrario ritenersi soggette a un meccanismo implicito di auto-limitazione. In altre parole, un privilegio di carattere straordinario, tale da sovvertire i principi consolidati dello *ius gentium*, deve intendersi rigorosamente *stricti iuris*. E ciò a maggior ragione, ove si tenga presente che qualsiasi trattato, a dispetto della natura speciale dei termini impiegati, è sempre soggetto a eccezioni tacite. Inoltre, lo stesso significato di tali termini non può essere compreso se non avendo riguardo alle intenzioni delle parti, e queste ultime, a loro volta, possono essere ricostruite soltanto facendo riferimento alle circostanze del momento.

A questo punto, Marriott formula una domanda faticosa: quale validità possiede un trattato? Ha una validità eterna o è soggetto alla clausola *rebus sic stantibus*? Per rispondere correttamente al quesito, non si può prescindere dall'esame della natura dei trattati e in particolare dalla distinzione tra trattati di pace e trattati di carattere

meramente commerciale. Questi ultimi devono necessariamente avere un'efficacia circoscritta al «general state of commerce in existence», allo stato delle relazioni economico-commerciali esistenti a livello internazionale al momento della stipula dell'accordo. Con l'ovvia conseguenza che circostanze nuove o estranee rispetto a quelle presenti al momento della conclusione del trattato, devono considerarsi estranee alla volontà delle parti e in quanto tali esorbitanti dalla comune intenzione formalizzata nelle clausole dell'accordo. In altre parole, circostanze emergenti *ex post*, non a seguito del naturale sviluppo delle relazioni commerciali, ma per effetto del dolo o dell'intenzione maliziosa di un soggetto in rapporto di inimicizia con una delle parti contraenti, debbono certamente, in base a una semplice interpretazione equitativa delle clausole in questione, ritenersi non ammesse e quindi non volute dagli autori del trattato. La massima *res inter alias acta non nocet* ha una sfera di applicazione circoscritta: essa vale solo nella misura in cui la condotta presa in considerazione non rechi pregiudizio agli interessi di un terzo. Al contrario, in presenza di un evidente pregiudizio, essa si ribalta nella massima opposta, *res inter alias acta non iuvat*: un accordo tra due parti che rechi grave pregiudizio a un terzo deve ritenersi per ciò stesso illecito. Questa conclusione deve valere, in modo particolare, in relazione al profilo più scottante affrontato da Marriott, ovvero il commercio neutrale con le colonie: «the trade to the colonies of each Nation was shut up to the subjects of every other Nation by fundamental law of each particular State, inviolably, as it was thought, at the time of making the Treaty of December 1674. The opening a trade, flagrante bello, is a transaction between France and the subjects of Holland, to the prejudice of England» (23). Si tratta di una circostanza del tutto esorbitante rispetto alla volontà delle parti formalizzata nell'accordo, essendo una circostanza nuova, emersa solo in seguito, e del tutto «assurda», in riferimento all'economia generale del trattato.

Non poteva infatti ritenersi intenzione comune delle parti la volontà di assoggettare il significato e l'applicazione dell'accordo alla interpretazione episodica posta in essere in un determinato fran-

(23) Ivi, p. 15.

gente storico dal nemico di una o di entrambe le parti, e alla disponibilità di costui, per ragioni di mero interesse nazionale, a sospendere *pro tempore* le norme interne relative al traffico commerciale da e verso le proprie colonie. In realtà, il Trattato del 1674 conferisce alle parti il diritto di intrattenere relazioni commerciali col nemico di una di esse, a condizione che tali relazioni fossero lecite e possibili, secondo le leggi proprie del nemico, anche in tempo di pace. Estendere il significato letterale dell'accordo sino a ricomprendervi qualsiasi forma di commercio possibile, anche quello aperto eccezionalmente in tempo di guerra, significa di fatto consegnare nelle mani del nemico l'interpretazione autentica del trattato. La realtà è che le potenze europee di norma non concedono ai soggetti neutrali una libertà incondizionata di commercio con le proprie colonie sotto forma di una sorta di privilegio costante. Si tratta, per l'appunto, di una libertà concessa soltanto *pro tempore*, in considerazione di circostanze eccezionali, mediante una licenza speciale data *ad personam*. Da qui all'idea dell'adozione il passo è breve, e Marriott, da par suo, non esita a compierlo: « a Dutch ship trading to the colonies of France, without a licence from the French government is confiscated, as a good prize to French captors. Therefore all Dutch ships so licensed, are adopted French ships » (24).

L'illegittimità della condotta olandese è rafforzata inoltre dalla considerazione della originaria reciprocità del privilegio accordato dal trattato del 1674 e dall'analisi della condotta tenuta in precedenza dall'Inghilterra. Le modalità iniziali di godimento di tale privilegio definiscono infatti un precedente da intendersi in senso rigorosamente vincolante, pena il venir meno del vincolo di reciprocità. Ebbene, cos'è successo immediatamente dopo la conclusione del trattato? Essendo ancora in atto il conflitto tra Olanda e Francia, il Regno d'Inghilterra ha potuto senz'altro beneficiare della libertà di commercio con quest'ultima in virtù delle clausole del *Marine Treaty*, ma tale libertà non ha mai avuto un'ampiezza paragonabile a quella che quasi un secolo dopo pretenderebbero per sé gli Olandesi. E questo perché, a suo tempo, i sudditi della Gran

(24) Ivi, p. 18.

Bretagna non hanno avuto in alcun modo accesso al commercio con le colonie francesi. Ecco allora che la pretesa olandese, rompendo il necessario vincolo di reciprocità presupposto dal trattato, mina in radice la fiducia sulla quale esso dovrebbe fondarsi ⁽²⁵⁾.

Gli Olandesi, tuttavia, affermano il diritto di trasportare qualsiasi genere di merce di proprietà del nemico in ogni luogo e tempo e con ogni mezzo, fondandosi appunto su una pretesa interpretazione del trattato del dicembre del 1674. Si tratta di una posizione che non regge, secondo Marriott, anche prescindendo dal profilo della reciprocità: è sufficiente infatti leggere il *Marine Treaty* alla luce del trattato di pace del febbraio del 1674, documento che ne costituisce l'antecedente diretto. Il trattato di pace e di amicizia ripone il fondamento dell'alleanza, tra le altre cose, in una obbligazione negativa, ovvero nell'impegno ad astenersi dal fornire aiuto, favore, consiglio, sotto qualsiasi forma, al nemico della controparte. Ammettere una interpretazione così ampia del trattato significa allora sferrare un colpo mortale alla fiducia sulla quale si fonda il rapporto tra alleati: « the enemy enfeebled is favoured, aided with counsel, and supplied with means, to carry on a long and bloody war; the trade of his colonies is secured, which are the object of the war; the mariners and vessels before engaged, of necessity, in the business of commerce, are employed to complete the armaments of the State, and the ally of the neutral may be ruined beyond recovery, although now superior » ⁽²⁶⁾. Ergo, la risposta alla domanda iniziale non può che essere negativa: gli Olandesi non hanno onorato gli obblighi derivanti dal trattato e sono venuti meno ai doveri di lealtà e di correttezza che ne costituiscono il fondamento. Il *pamphlet* si chiude non a caso con una sorta di elenco dei capi di imputazione che possono essere legittimamente formulati contro i *Dutch subjects* e con la confutazione di una seria di obiezioni, di cui una, in particolare, appare particolarmente degna di nota.

Ecco in sintesi gli addebiti che Marriott rivolge contro gli antichi alleati: gli Olandesi hanno tollerato che il proprio territorio diventasse una sorta di canale di transito e di magazzino generale del commercio francese, se non addirittura un arsenale per beni e merci

⁽²⁵⁾ Ivi, p. 19.

⁽²⁶⁾ Ivi, p. 25.

necessarie per sostenere lo sforzo bellico del nemico del Regno Unito; la flotta olandese ha navigato da e verso le colonie del nemico accettando di fatto che le proprie navi diventassero navi francesi per adozione; gli Olandesi hanno coperto con le proprie insegne sudditi francesi allo scopo di rendere immune la proprietà del nemico; gli Olandesi hanno finto di fare rotta verso le proprie colonie allo scopo di dissimulare commerci intrattenuti con le colonie francesi, ingannando i sudditi inglesi e frustrando gli sforzi del Regno Unito impegnato nel portare a termine una « just war »; gli Olandesi hanno trasportato merci dai porti britannici verso località nemiche, fingendo che i beni in questione fossero destinati a un porto neutrale.

Troviamo infine una confutazione piuttosto articolata di una delle accuse più frequenti mosse contro la giurisprudenza della *Court of Admiralty*, quella cioè di emettere sentenze arbitrarie e ingiuste, oltre che smaccatamente politiche. Non è così, secondo Marriott: tanto per cominciare, infatti, tale Corte fonda le proprie decisioni sulle leggi inglesi solo nella misura in cui esse coincidano con i principi generali del diritto riconosciuti in materia dalle nazioni civilizzate; in secondo luogo, la *Court of Admiralty* agisce come arbitro imparziale, indipendente e alieno rispetto agli interessi in gioco nelle controversie che le sono sottoposte, e non può ritenersi soggetta alla « immediate direction of the Throne », ad eccezione dell'ipotesi in cui il governo emani specifiche istruzioni in materia, le quali però debbono essere approvate sotto forma di un *Act of Parliament* e non possono in ogni caso avere efficacia retroattiva; infine, le decisioni della Corte si basano esclusivamente su elementi di prova forniti dalla « captured party », quali ad esempio l'equipaggio o i documenti di bordo. Tutti questi elementi, insieme, dovrebbero essere più che sufficienti per dimostrare la bontà e la correttezza dell'operato di tale tribunale, che nel suo operato non si preoccupa soltanto di tutelare gli interessi della madrepatria: « they are therefore not less the Court of the Captured, than of the Captor » (27).

Se questa è la posizione ufficiale della più autorevole dottrina britannica, non c'è da stupirsi se, a partire dal 1756, i casi di

(27) Ivi, p. 43.

sequestri di navi neutrali si moltiplicano in maniera esponenziale andando ad arricchire i già copiosi repertori giurisprudenziali. In linea generale, si può dire che il sequestro di una nave neutrale viene considerato legittimo dalla Corte in almeno tre casi: in presenza di una autorizzazione o licenza a svolgere attività commerciale con le colonie rilasciata dalle autorità francesi; nel caso di mancanza dei documenti di bordo perché deliberatamente distrutti dal comandante; nel caso in cui, pur mancando la prova di una licenza concessa dal governo francese, i documenti di bordo siano stati deliberatamente nascosti o alterati dal comandante o l'effettiva destinazione finale del carico sia stata altrimenti dissimulata.

Vale la pena, in questa sede, soffermarsi su due casi celebri, esaminati dai giudici britannici nel pieno della crisi aperta dalla guerra dei Sette Anni. Il primo, il caso *America* ⁽²⁸⁾, venne sottoposto alla *High Court of Admiralty* il 21 ottobre del 1757 e giunse dinanzi ai *Lords of Appeal* il 12 aprile del 1759. L'*America* è una nave olandese salpata da Amsterdam alla volta di Port Prince, Santo Domingo, colonia francese nelle Indie occidentali. Giunta nell'isola, vende il carico, imbarca merce di produzione locale e riparte per Amsterdam. Durante il viaggio di ritorno viene catturata da una nave britannica. La Corte di appello dichiara legittimo l'operato del *privateer*, considerando la nave e la merce trasportata una giusta preda di guerra.

Questi gli argomenti fondamentali sui quali i giudici basano la pronuncia: il fatto che la nave sia stata noleggiata per conto della Francia e utilizzata per un viaggio diretto a una colonia francese; il fatto che il carico di origine sia stato consegnato su espressa autorizzazione del governatore francese e che la merce di produzione locale sia stata imbarcata previa ispezione e dietro pagamento delle tasse e delle penalità previste dalle leggi della madrepatria; infine, il

⁽²⁸⁾ I casi *America* e *Snip* sono menzionati in W. BURRELL, *Reports of cases determined by the High Court of Admiralty and upon Appeal therefrom*, London, 1885, p. 210 e s. e in J. DUER, *The Law and Practice of Marine Insurance*, New York, 1845, p. 763 e s. In entrambi i casi le pronunce non sono riportate testualmente. Il testo per esteso si trova in WOOLSEY, *Early Cases on the Doctrine of Continuous Voyage*, cit., p. 835 e ss., il quale li ricava dall'*Original Manuscript Books of Appeal Cases in Prize Law, War of 1744, 1756*, conservato presso la *Library of Congress*.

fatto che il comandante abbia distrutto le lettere di carico insieme a gran parte dei documenti di bordo. Tutti questi elementi, insieme, sono sufficienti a far presumere che la nave, formalmente olandese, sia in realtà direttamente riconducibile a sudditi francesi, essendo di fatto stata adottata dal Paese di questi ultimi:

« the ship America in question having been freighted on French account for and employed in a voyage to a port in St. Domingo, a French settlement in the West Indies, and having delivered her outward-bound cargo by allowance of the French Governor there, and her homeward-bound cargo having been put on board after a survey subject to the ordinances and to the payment of duties ordinary and extraordinary and under penalties according to the laws of France, and the master having thrown overboard and destroyed the bills of lading and many other of the ship's papers, and the cargo laden and found on board being admitted to be the property of French subjects; declared that the said ship ought to be considered in this case as a French ship and therefore affirmed the sentence condemning the ship and goods as Prize ».

Non molto dissimile il caso *Snip*, il quale viene esaminato dai *Lords of Appeals* il 28 dicembre del 1759. Si tratta anche in questo caso di una nave olandese, partita stavolta da Cork, in Irlanda, apparentemente in direzione di Sint Eustatius, una colonia olandese nelle Indie occidentali, ma in realtà diretta verso la colonia francese della Martinica. Giunta al di là dell'oceano, la *Snip* compie vari viaggi tra Sint Eustatius e la Martinica, infine imbarca merce di produzione della Martinica, modifica i documenti di bordo, in modo da far credere di aver consegnato la merce di origine a Sint Eustatius, e riparte alla volta di Amsterdam. In questo caso, secondo i giudici, la tesi dell'adozione trova ulteriore conferma nella circostanza che, oltre all'espletamento delle formalità previste dall'ordinamento francese per lo svolgimento di attività commerciali con le proprie colonie, vi sia stata una deliberata e inequivoca falsificazione dei documenti di bordo. Il comandante, in altre parole, non si è limitato a distruggere le lettere di carico e gli altri documenti rilevanti, ma ha introdotto sulla nave « papers all colourable and false », e, cosa ancora più significativa, ha nascosto i documenti ufficiali sul fondo di una borsa di caffè.

Pratiche fraudolente o espedienti legittimi per svolgere una attività commerciale perfettamente ammissibile in forza di un trattato ancora vigente? La risposta, com'è evidente, muta in maniera

radicale a seconda della prospettiva dalla quale si osserva la vicenda. In fondo, la domanda alla quale debbono rispondere i giudici, nelle centinaia di controversie di cui fanno memoria i repertori giurisprudenziali, è sempre la medesima: una nave con prodotti coloniali francesi a bordo è per ciò solo passibile di sequestro?

3. *L'intreccio tra admiralty law e diritto commerciale: il caso Berens v. Rucker.*

Nei primi anni di applicazione della regola di guerra una delle vicende più significativa in cui lo storico può imbattersi è probabilmente il caso *Berens v. Rucker* ⁽²⁹⁾. E ciò per due ragioni. In primo luogo, perché esso è solo indirettamente un caso di *Admiralty Law*, essendo il *thema decidendum* rappresentato dalla azionabilità o meno di una polizza assicurativa, profilo rispetto al quale la valutazione della legittimità dell'operato del *privateer* si configura tutt'al più quale mero presupposto logico ⁽³⁰⁾. In secondo luogo, perché il giudice che risolve la questione, niente meno che Lord Mansfield, coglie l'opportunità per formulare con nitore classico la regola di guerra oggetto della discordia.

La vicenda che dà origine al giudizio è quella di una nave olandese, la *Tyd*, e del suo carico, in viaggio per e da Sint Eustatius. Si tratta di merce di proprietà neutrale (olandese) del valore di circa

⁽²⁹⁾ Si veda W. BLACKSTONE, *Reports of Cases determined in the several Courts of Westminster Hall from 1746 to 1779*, London, 1828, in *The English Reports*, 96, London, 1909, p. 175 e s. Il caso è citato anche da H. BLACKSTONE, *Reports of Cases determined and argued in the Courts of Common Pleas and Exchequer Chamber*, I, London, 1827, in *The English Reports*, 126, London, 1912, p. 97 e ss.

⁽³⁰⁾ Vediamo emergere già negli anni '60 del Settecento il nesso inscindibile tra *admiralty law* e *marine insurance* che di lì a poco la giurisprudenza anglosassone avrebbe compiutamente elaborato. Le assicurazioni marittime, sotto questo profilo, si rivelano pertanto un istituto strategico, poiché consentono di intrecciare profili di storia del diritto internazionale e profili di storia del diritto commerciale, in un amalgama assai interessante, riflesso di un'epoca di grande crescita sociale ed economico-industriale. Cfr. *Marine Insurance — Origins and Institutions, 1300-1850*, a cura di A.B. Leonard, New York, 2016; M.E. RUWELL, *Eighteenth-Century Capitalism — The Formation of American Marine Insurance Companies*, New York, 1993, p. 44 e ss.; S. HUEBNER, *The Development and Present Status of Marine Insurance in the United States*, in « The Annals of the American Academy of Political and Social Science », 26 (1905), pp. 241-272.

12.000 sterline garantita da una copertura assicurativa calcolata in ragione di 15 ghinee al centesimo. Il valore della polizza, davvero considerevole, era giustificato dall'esigenza di tutelarsi contro i rischi derivanti dalle pratiche ostili messe in atto in maniera crescente dal Regno Unito. Nel mese di maggio del 1758, la nave si trova nei pressi di Sint Eustatius con un carico di zucchero e di indaco più altre merci di produzione francese trasferite a bordo in parte sulla costa, in parte in alto mare, imbarcata da altri velieri sopraggiunti a tale scopo. Il 18 giugno del 1758 la *Tyd* parte alla volta di Amsterdam, dove però non riesce ad arrivare, poiché il 27 dello stesso mese viene intercettata da un *privateer* e accompagnata a Portsmouth. Il 1 ottobre l'equipaggio viene sottoposto a un interrogatorio preliminare e il comandante presenta reclamo formale presso la *Court of Admiralty*. Successivamente gli attori vengono convocati e viene chiesto loro di precisare quali beni fossero stati imbarcati a Sint Eustatius e quali invece in alto mare. Nel febbraio del 1759, nel perdurante silenzio degli attori, viene pronunciato un decreto provvisorio di condanna, in base al quale, preso atto della mancata collaborazione degli istanti, si afferma che la merce imbarcata deve presumersi di proprietà francese.

Viene quindi presentato appello dinanzi ai *Lords*. Tuttavia, nelle more del giudizio di appello, tenuto conto anche del carattere deperibile della merce in questione, i proprietari del carico concludono un compromesso con gli autori del sequestro: a questi ultimi vengono corrisposte 800 sterline più le spese del procedimento in cambio del ribaltamento della pronuncia di I grado. Al fine di poter imputare ai proprietari le spese procedimento, si stabilisce consensualmente l'esistenza, nel caso di specie, di una « probable cause of seizure »; in tal modo, il giudizio si estingue e la nave con il suo carico può essere restituita agli istanti e ripartire finalmente per Amsterdam. Presso la camera di commercio olandese viene in seguito redatta una stima della perdita economica subita per effetto della disavventura giudiziaria e si decide di azionare la polizza assicurativa. Pertanto, solo in riferimento a tale profilo, la causa torna in Gran Bretagna.

Lord Mansfield, il giudice che redige la motivazione per conto del *King's Bench*, ritiene equa la richiesta di accollare le spese del compromesso alla compagnia assicuratrice. Egli osserva infatti come la richiesta di precisazione rivolta agli istanti da parte della *Court of*

Admiralty fosse certamente illegittima in quanto contraria al diritto del mare e allo stesso diritto britannico, al punto che, qualora le parti avessero fornito ai giudici le informazioni ritenute necessarie, la cosa avrebbe dovuto ritenersi ininfluenza per il merito della vicenda. Resta il fatto però che i *privateers* erano in possesso di una pronuncia di condanna, benché ingiusta. E bisogna tener presente che i giudici di seconde cure non sono soliti, neppure a seguito della riforma integrale della sentenza di primo grado, rifondere all'appellante i costi del procedimento, trattandosi di un danno derivante da un errore del giudice e non da una colpa della controparte. Per tale ragione, la decisione dei proprietari/appellanti di addivenire a un compromesso è da ritenersi saggia e condivisibile: la merce aveva un valore ingente, l'esito dell'appello era comunque incerto e il ritardo inevitabile. Il rappresentante olandese in Gran Bretagna ha conseguentemente negoziato il compromesso, ratificato e ritenuto ragionevole dalla camera di commercio di Amsterdam, ritenendolo un male minore, giacché esso consentiva di evitare che, anche nel caso di un ribaltamento della sentenza di primo grado da parte dei *Lords of Appeal*, gli appellanti dovessero sobbarcarsi le spese del procedimento, più che raddoppiate, oltre all'ulteriore inevitabile ritardo. Ergo, secondo Lord Mansfield, la scelta di far gravare sugli assicuratori la perdita economica subita a seguito del compromesso (in ogni caso inferiore rispetto a quella che sarebbe derivata da un esito favorevole del giudizio di appello) deve ritenersi legittima e fondata in fatto e in diritto.

Ma la parte più significativa del ragionamento del grande giurista inglese è certamente la prima, quella in cui Lord Mansfield denuncia l'illegittimità dell'operato della *Court of Admiralty*, evidenziando in particolare l'infondatezza della richiesta di precisazione rivolta ai proprietari. Ovviamente, come si è visto, la determinazione della legittimità della cattura in questione è funzionale soltanto alla trattazione del secondo profilo, relativo alla richiesta di indennizzo rivolta alla assicurazione. « The capture was certainly unjust », nota Lord Mansfield. Essa si basava infatti sulla pretesa che parte del carico fosse stato imbarcato in alto mare da altri velieri provenienti verosimilmente da isole appartenenti ai domini coloniali francesi. Tuttavia, tale circostanza non rientra nella sfera di applicazione della regola di guerra, dal momento che, secondo la giurisprudenza

costante dei *Lords of Appeal*, la merce in questione deve essere considerata alla stessa stregua di merce scaricata nei domini olandesi e imbarcata successivamente in vista del viaggio di ritorno. In una ipotesi simile, pertanto, « there is no colour for seizure », la merce deve ritenersi di proprietà neutrale e il traffico commerciale oggetto del giudizio va considerato legittimo.

È a questo punto che, a scanso di equivoci, Sir William Murray formula la famosa regola di guerra, inventando una definizione che nei decenni a seguire rappresenterà il punto di riferimento essenziale per la giurisprudenza britannica: « the rule is that if a neutral ship trades to a French colony, with all the privileges of a French ship, and is thus adopted and naturalized, it must be looked upon as a French ship, and is liable to be taken. Not so if she has only French produce on board, without taking it in at a French port, for it may be purchased of neutrals ».

4. *La disputa anglo-americana: alle origini del trattato Monroe-Pinkney.*

Il 17 maggio 1806, James Madison invia una lunga lettera all'indirizzo del rappresentante americano in Gran Bretagna, James Monroe, e al suo assistente, William Pinkney⁽³¹⁾. Si tratta di un documento ufficiale con il quale il governo degli Stati Uniti affida ai suoi rappresentanti oltre oceano l'arduo compito di trattare con il governo britannico, nella speranza di raggiungere un'intesa che ponga fine una volta per tutte alle tensioni generate dai « maritime wrongs that have been committed »⁽³²⁾. Il Segretario di Stato, manifestando il desiderio di Jefferson di trovare un accordo che

⁽³¹⁾ Cfr. J. MADISON, *The Writings of James Madison*, VII, 1803-1807, New York, 1908, pp. 375-395.

⁽³²⁾ L'accordo, che passerà alla storia come Monroe-Pinkney Treaty, doveva avere ad oggetto il diritto del mare, la definizione di diritti dei neutrali e dei belligeranti e la previsione delle modalità di svolgimento dell'attività commerciale tra gli Stati Uniti e l'Impero britannico. La sua conclusione si rendeva necessaria a seguito del venir meno del *Jay Treaty*, il cui termine di validità era fissato in coincidenza con il secondo anno successivo alla stipula degli accordi preliminari di pace tra le potenze europee. Cfr. D.R. HICKEY, *The Monroe-Pinkney Treaty of 1806: a Reappraisal*, in « The William and Mary Quarterly », XLIV (1987), pp. 65-88, p. 66; D. MALONE, *Jefferson the President — Second*

consenta ai due Paesi di instaurare finalmente relazioni pacifiche e leali, non nasconde che la pazienza degli Stati Uniti è stata messa a dura prova in più occasioni nel recente passato: « It is his particular wish that the British Government should be made fully to understand that the United States are sincerely and anxiously disposed to cherish good will and liberal intercourse between the two nations, that an unwillingness alone to take measures not congenial with that disposition has made them so long patient under violations of their rights and of the rules of a friendly reciprocity »⁽³³⁾.

L'incarico ufficiale cui fa riferimento la lettera di Madison si colloca in anni davvero cruciali per la vicenda oggetto del nostro racconto. A distanza di quasi mezzo secolo dal caso *Berens v. Rucker* sono mutati in parte gli attori principali della contesa, ma le questioni in ballo sono le medesime: i diritti dei neutrali e la garanzia della libertà dei loro commerci sono ancora i temi all'ordine del giorno. Ad essi si aggiunge la denuncia del cosiddetto *impressment*, ovvero della prassi britannica di impossessarsi di forza lavoro da impiegare sulla *Royal Navy* sequestrando marinai da navi straniere, con o senza il pretesto della repressione della diserzione. A mutare è la controparte del Regno Unito, che non è più il « *damnt Dutch* » ma la nuova potenza economica e militare che sta emergendo oltre oceano, e ovviamente il contesto storico: la guerra dei Sette Anni ha ceduto il passo a un nuovo conflitto anglo-francese, se possibile ancora più acuto, innescato dalla comparsa di Bonaparte sulla scena politica del vecchio continente.

Dopo i vantaggi iniziali derivanti al commercio americano dal conflitto in atto tra la Francia rivoluzionaria e il resto d'Europa⁽³⁴⁾,

Term, 1805-1809, Boston, 1974, p. 395 e ss.; B. PERKINS, *Prologue to War — England and the United States 1805-1812*, Berkeley, 1961, p. 101 e ss.

⁽³³⁾ Cfr. MADISON, *The Writings of James Madison*, cit., p. 375.

⁽³⁴⁾ La guerra che oppone la Francia rivoluzionaria al resto del continente europeo nel corso dell'ultimo decennio del Settecento rappresenta da principio un'occasione formidabile per i mercanti americani. Nel febbraio del 1793 la Gran Bretagna dichiara ufficialmente che tutte le navi e le merci francesi sono passibili di cattura. Il provvedimento viene ulteriormente ribadito da una serie di *Orders in Council* e dalle « instructions of 1793 », con le quali si autorizza la ricerca e il sequestro di tutti i generi alimentari diretti in Francia. Conseguentemente, le Indie occidentali francesi e i domini coloniali spagnoli vengono aperti alle navi neutrali. Il beneficio per il commercio

la situazione muta radicalmente: a partire dal 1805, infatti, il conflitto tra Francia e Regno Unito assume i toni di una vera e propria guerra commerciale: lo scopo dei belligeranti è quello di indurre alla resa l'avversario rendendo impossibili i rifornimenti via mare. Al « Fox blockade », con il quale il governo inglese impone il blocco delle coste e dei porti dell'Europa nord-occidentale ⁽³⁵⁾, tra Brest e il fiume Elba, Napoleone replica stabilendo il divieto del commercio britannico con il continente e minacciando il sequestro delle navi mercantili sorprese a commerciare con il Regno Unito ⁽³⁶⁾. Il « blocus » napoleonico, tuttavia, se da un lato reca pregiudizio agli interessi commerciali britannici, dall'altro non risolve di certo i problemi francesi. Un mare libero e il rispetto puntuale delle prerogative dei neutrali, in quei mesi convulsi, rappresenta un'esigenza vitale per la Francia assai più che per la Gran Bretagna. A

americano è tale che il 22 luglio del 1793 un gruppo di eminenti mercanti statunitensi guidato da Thomas Perkins approva una risoluzione con la quale si chiede al governo degli Stati Uniti di osservare una rigorosa neutralità. La situazione peggiora nel Novembre di quello stesso anno, allorché il governo britannico autorizza la cattura e il sequestro delle navi di qualsiasi nazionalità sorprese a commerciare con la Francia. Tale provvedimento colpisce direttamente gli interessi americani, poiché rende molto difficile, se non impossibile, il commercio tra le colonie caraibiche francesi e il vecchio continente. Per placare le tensioni e le inquietudini suscitate dall'*Order in Council* del 6 novembre, il governo degli Stati Uniti invia John Jay in Gran Bretagna nel tentativo di trovare un accordo che metta fine alle rinnovate incomprensioni tra i due Paesi. Finalmente, l'8 Gennaio del 1794 il governo di Sua Maestà decide di circoscrivere la portata del provvedimento in questione, autorizzando la cattura delle sole navi sorprese a commerciare direttamente con la Francia: è la premessa normativa della prassi del *circuitous voyage*, di cui diremo più avanti. Cfr. J.D. FORBES, *European Wars and Boston Trade, 1783-1815*, in « The New England Quarterly », XI (1938), pp. 709-730, in particolare p. 712 e ss.

⁽³⁵⁾ Adottato il 16 Maggio del 1806 su iniziativa del *Foreign Secretary* Charles James Fox, il blocco non si applicava alle navi neutrali, a condizione che non avessero a bordo merci nemiche o beni di contrabbando. Infine, il tratto di costa compreso tra Ostenda e la foce della Senna veniva sottoposto a un blocco di carattere assoluto, esteso anche ai soggetti neutrali.

⁽³⁶⁾ In effetti i primi otto articoli del Decreto di Berlino stabiliscono il blocco assoluto di qualsiasi attività commerciale da e verso il Regno Unito. Cfr. A.H. STOCKDER, *The Legality of the Blockades Instituted by Napoleon's Decrees and the British Orders in Council, 1806-1813*, in « The American Journal of International Law », X (1916), pp. 492-508, in particolare p. 499 e ss.; J.H. ROSE, *Napoleon and English Commerce*, in « The English Historical Review », 8 (1893), pp. 704-725.

seguito della disfatta di Trafalgar, ritrovandosi con una flotta ormai decimata, la Francia, non essendo più in grado di garantire la sicurezza delle rotte commerciali, è infatti costretta a ricorrere all'aiuto delle navi neutrali, e in particolar modo delle navi americane, nella speranza di riuscire ad assicurarsi i necessari rifornimenti via mare.

È questo il motivo per il quale gli Stati Uniti finiscono per essere coinvolti direttamente nel conflitto, subendo attacchi e continue angherie da parte dei *privateers* britannici, in aperta violazione dei principi di diritto internazionale. La risposta del governo americano al provvedimento voluto da Fox non si fa attendere: nel 1806 il Congresso approva un *Non Importation Act*, con il quale si vieta l'importazione nel Paese di una serie limitata di prodotti manifatturieri britannici, provvedimento la cui attuazione resta sospesa, in attesa dell'esito delle trattative diplomatiche di cui la lettera di Madison ci offre le linee-guida fondamentali.

Non a caso, la lettera del Segretario di Stato esordisce con una difesa del *Non Importation Act*: non si tratta di una forma di ritorsione commerciale frutto di una particolare ostilità politica; è al contrario una ragionevole misura protezionistica ispirata da ragioni di politica economica, quali ad esempio la volontà di ridurre la dipendenza del Paese verso l'importazione di determinati prodotti (lana e filati, prevalentemente), incentivando al contempo lo sviluppo della produzione manifatturiera interna. A tale precisazione, necessaria quanto relativamente poco credibile, Madison fa seguire l'indicazione della *conditio sine qua non* di qualsiasi accordo che abbia ad oggetto la revoca del *Non Importation Act*, comunque lo si voglia interpretare: la definitiva messa al bando della pratica dell'*impressment*, presupposto imprescindibile di una rinnovata intesa politico-commerciale tra i due governi. Il profilo è a tal punto cruciale che il Segretario di Stato inserisce nella lettera uno schema di articolo, da sottoporre alla controparte britannica, il quale riprende in larga misura il testo di un articolo già oggetto di trattativa in vista dell'approssimarsi del conflitto anglo-francese, la cui approvazione era però stata resa impossibile a causa dell'inserimento ad opera del governo inglese di una eccezione relativa ai « narrow seas », che di fatto vanificava l'efficacia della norma: « No seaman nor sea faring person shall upon the high seas, and without the

jurisdiction of either party, be demanded or taken out of any ship or vessel, belonging to the Citizens or subjects of one of the parties, by the public or private armed ships or men of war belonging to or in the service of the other party; and strict orders shall be given for the observance of this engagement »⁽³⁷⁾.

La lettera di incarico prosegue poi prendendo in esame altri tre profili decisivi: la disciplina del contrabbando, il principio *free ship, free goods* e la disciplina del commercio coloniale. In tema di contrabbando, Madison nota come le potenze europee inevitabilmente dimostrino scarso interesse per la materia, dal momento che le relazioni commerciali, tra i Paesi del vecchio continente, si svolgono prevalentemente via terra. *Ergo*, una disciplina più rigorosa e garantista in materia non è certo all'ordine del giorno delle cancellerie. Diverso il punto di vista dei neutrali, *in primis* degli Stati Uniti. Le conseguenze negative di una disciplina che appare caotica e arbitraria ricadono infatti in prevalenza su di essi, sottoposti incessantemente a sequestri illegittimi e a « suspicious and vexatious searches ».

La proposta del governo americano va pertanto nella direzione di una semplificazione radicale della disciplina del contrabbando, mediante l'abolizione *tout court* delle liste di contrabbando o, in alternativa, mediante la sostituzione di una « positive enumeration » con una « negative specification », ovvero tramite la predisposizione di una norma che contenga una lista tassativa di beni che non possono ritenersi in nessun caso di contrabbando. Il principio *free ship, free goods* appare invece la vittima sacrificale predestinata sull'altare di un'intesa di difficile negoziazione: il governo americano è disposto a rinunciarvi, nella convinzione che « without such a sacrifice the provisions for the security of our seamen, and of our neutral commerce, cannot be obtained and that the sacrifice will effectually answer these purposes »⁽³⁸⁾.

⁽³⁷⁾ Cfr. MADISON, *The Writings of James Madison*, cit., p. 378.

⁽³⁸⁾ Ivi, p. 380. In merito a tale principio, si veda J.M. VERZIJL, *International Law in Historical Perspective*, IX, parte IX-C, Dordrecht, 1992, nonché W.G. GREWE, *The Epochs of International Law*, Berlin, 2000, pp. 221-225. Del resto, sin dai tempi della Pace di Utrecht (1713) i primi tentativi di affermare tale principio furono sempre accolti con evidente freddezza dalla cancelleria britannica. Cfr. RUSCHI, *Leviathan e Behemoth*,

Come si vede, tra gli obiettivi del compromesso vi è la tutela del *colonial trade*, ovvero il riconoscimento del principio generale della libertà del commercio neutrale verso e tra i porti del nemico, con l'unica eccezione del blocco e del contrabbando, senza che abbia rilievo la circostanza che tale attività commerciale non fosse consentita in tempo di pace. Madison concede tuttavia a Monroe e al suo assistente una certa libertà di manovra, consentendo loro di accettare, a livello pratico, un ridimensionamento di tale diritto, la cui affermazione inequivoca a livello di principio resta in ogni caso un *desideratum* imprescindibile del governo americano. Il modello di riferimento, a tal proposito, è rappresentato dal Trattato di San Pietroburgo, concluso tra Gran Bretagna e Russia il 17 giugno 1801, e in particolare dalla dichiarazione supplementare aggiunta nell'ottobre dello stesso anno. A giudizio dell'amministrazione americana, si tratta infatti di un accordo ben strutturato, caratterizzato da un felice equilibrio tra affermazione decisa di un principio generale e disciplina puntuale delle possibili eccezioni, e può quindi essere utilizzato come schema di riferimento nello svolgimento della negoziazione ⁽³⁹⁾.

L'obiettivo dichiarato del trattato anglo-russo è quello di gettare le basi per una « good and unalterable friendship and understanding » tra le due potenze, evitando per il futuro il ripetersi di tensioni derivanti da una diversa interpretazione dei diritti e delle prerogative dei neutrali. La norma-chiave è l'art. 3, il quale ribadisce il principio della libertà di commercio, precisando in particolare che: le navi di una potenza neutrale possono navigare liberamente verso i porti e lungo le coste dei Paesi in guerra; le merci imbarcate su navi

cit., p. 424. L'Inghilterra accetterà formalmente la regola *free ship, free goods* solo nel 1856, ottenendo in cambio la rinuncia alla guerra di corsa. Cfr. MANNONI, *Potenza e ragione*, cit., pp. 226-233.

⁽³⁹⁾ Gli Stati Uniti sperano di poter ricevere un trattamento analogo a quello riservato dalla Gran Bretagna a Russia, Svezia e Danimarca. Posizione irricevibile per i negozianti britannici, che temono la forza commerciale statunitense assai più di quella dei Paesi scandinavi o dell'Impero zarista. La base di partenza, per Lord Holland e Lord Auckland, è invece rappresentata dal *Jay Treaty*, per lo più in viso all'opinione pubblica americana. Conseguentemente, l'accordo che emergerà dopo mesi di trattative sarà una sorta di *Jay Treaty* rivisto e corretto in senso più favorevole agli Stati Uniti. Cfr. HICKEY, *The Monroe-Pinkney Treaty*, cit., p. 74.

neutrali devono considerarsi libere ⁽⁴⁰⁾, con la sola eccezione dei beni di contrabbando ⁽⁴¹⁾ e della proprietà nemica, ma con l'esclusione delle merci e dei prodotti di una nazione in guerra che siano stati acquistati dai sudditi di una potenza neutrale e che siano trasportati per loro conto. Non che le parti intendano, con ciò, escludere il diritto di fermare e ispezionare eventuali navi mercantili ritenute sospette. Del resto, nessun accordo con il Regno Unito sarebbe stato possibile muovendo da una simile pretesa.

Ecco allora l'eccezione al principio generale: le navi di una potenza neutrale possono essere fermate solo in presenza di una giusta causa ⁽⁴²⁾, nozione garantista ma al contempo sufficientemente ampia e fumosa da assicurare un'adeguata libertà di manovra alle diverse parti in causa a seconda delle circostanze. E anche in questo caso il fermo deve svolgersi secondo una procedura rigorosa, descritta minuziosamente dall'art. 4. In particolare, si stabilisce che il diritto di sottoporre a ispezione navi mercantili scortate da navi da guerra appartenenti a una delle parti contraenti può essere esercitato esclusivamente da navi da guerra della controparte, con esclusione di *privateers*, *letters of marque*, e di qualsiasi altro vascello non appartenente alla flotta reale/imperiale; nel caso di incontro tra una nave da guerra di scorta al convoglio mercantile e una nave militare

⁽⁴⁰⁾ Si vedano i commi primo e secondo dell'art. 3 del Trattato: « The ships of the neutral power may navigate freely to the ports and upon the coasts of the nations at war »; « the effects embarked on board neutral ships shall be free, with the exception of contraband of war and of enemy's property; and it is agreed not to comprise, in the number of the latter, the merchandize of the produce, growth or manufacture of the countries at war, which should have been acquired by the subjects of the neutral power, and should be transported for their account, which merchandize cannot be accepted in any case from the freedom granted to the flag of the said power ». Cfr. M.D.A. AZUNI, *The Maritime Law of Europe*, II, New York, 1806, p. 417. Il testo del trattato può leggersi in *Extracts from the recent treaties between Great Britain and Russia, Denmark and Sweden of such articles as relate to the conduct of the commanders of his Majesty's ships of war*, London, 1803, p. 10 e ss.

⁽⁴¹⁾ In tema di contrabbando, il trattato anglo-russo contiene una enumerazione positiva dei beni il cui commercio è vietato, scelta assai più garantista nei confronti dei diritti dei neutrali. Tale opzione sarà proposta senza successo dai negoziatori americani.

⁽⁴²⁾ Art. 3, comma V: « That the ships of the neutral power shall not be stopped but upon just causes and evident facts; that they be tried without delay, and that the proceeding be always uniform, prompt and legal ».

della controparte, il Trattato prevede che esse debbano fermarsi a una distanza superiore alla gittata di un cannone, onde scongiurare il rischio di incidenti; solo successivamente si potrà procedere a una verifica e a una ispezione reciproca: la nave da guerra di scorta dovrà esibire i documenti attestanti il diritto a scortare la nave mercantile con il carico in oggetto e verso il porto indicato mentre la nave da guerra della parte belligerante dovrà invece dimostrare di appartenere alla flotta reale o imperiale del Paese di cui batte bandiera.

Solo nel caso in cui, a seguito di ispezione da effettuarsi in presenza di un ufficiale della nave militare di scorta, dai documenti di bordo o dalle dichiarazioni rese dall'equipaggio emerga la necessità di una ulteriore verifica, il comandante della nave della potenza belligerante avrà facoltà di trattenere la nave mercantile, ma solo per il tempo strettamente necessario al compimento di una indagine più approfondita. Si prevede infine il diritto al risarcimento dei danni, costi e spese sopportati dai proprietari della nave e del carico in caso di fermo ingiustificato, oltre al dovere di entrambe le parti di assicurare che l'eventuale giudizio sulla legittimità del sequestro sia reso da un tribunale imparziale, composto da giudici « above suspicion »⁽⁴³⁾.

La lettera di incarico contiene inoltre istruzioni relative alla posizione da tenere in merito alla disciplina dei blocchi, ai convogli di scorta alle navi mercantili e alle offese commesse dagli incrociatori britannici nei porti o in prossimità delle coste statunitensi⁽⁴⁴⁾. In tema di blocchi, Madison invita Monroe e il suo assistente a denunciare l'illegittimità della prassi britannica volta a ritenere sufficiente, per la valida instaurazione di un blocco, la notifica effettuata ai rappresentanti dei governi stranieri a Londra, la quale dovrebbe

(43) Benché l'accordo anglo-russo possa valere come utile fonte di ispirazione per i negoziatori, su un punto Madison resta però irremovibile: un accordo con il Regno Unito è possibile solo nella misura in cui nel testo della futura convenzione, oltre al problema dell'*impressment*, venga risolta in maniera inequivoca anche la questione del commercio coloniale. In altre parole, la questione degli abusi commessi in passato dalla Gran Bretagna, con il pretesto che un commercio neutrale da colonie nemiche verso porti neutrali dovesse considerarsi una forma di commercio diretto svolto per il nemico, può essere accantonata solo mediante l'adozione di una dichiarazione espressa sul punto: cfr. MADISON, *The Writings of James Madison*, cit., p. 381.

(44) Ivi, p. 382 e ss.

valere di per sé come notifica effettuata alla generalità dei cittadini del Paese di riferimento. Prassi resa ancora più intollerabile e iniqua dalla tendenza della giurisprudenza britannica a considerare perdurante il blocco sino alla emanazione di una notifica di revoca, anche nell'ipotesi in cui appaia certo che il blocco non sia mai stato attuato o sia cessato da tempo. La prassi della notifica dovrebbe invece essere rimpiazzata dalla necessità di un avviso speciale rivolto caso per caso dalla flotta del Paese che pone in essere il blocco. Circa il problema delle offese e dei danni arrecati dalle navi militari britanniche nelle acque territoriali americane, Madison suggerisce l'inserimento di un articolo contenente un espresso divieto di effettuare ricerche e catture al di sotto di una certa distanza dalla costa, assumendo come riferimento il limite di quattro leghe; norma che, come risulta evidente, dovrebbe servire anche quale conferma e garanzia ulteriore contro il già ricordato divieto di *impressment*.

5. *Madison smaschera l'ipocrisia britannica.*

Pochi meglio di Madison erano in grado di dominare la materia oggetto della trattativa. E pochi, di certo, potevano vantare una conoscenza altrettanto approfondita. Basti pensare che proprio nel corso del 1806 il Segretario di Stato si dedica alla elaborazione di un lungo saggio, destinato a smontare, pezzo dopo pezzo, la legittimità della regola di guerra. Si tratta di un lavoro di ampio respiro, nel quale nulla è lasciato al caso, a conferma ulteriore dell'urgenza e della delicatezza di temi trattati. Ne deriva un *plaidoyer* di notevole acume, in cui Madison spazia dalle opere dei padri dello *ius gentium* ai trattati internazionali, senza omettere un'analisi puntigliosa della condotta politico-militare e commerciale del Regno Unito ⁽⁴⁵⁾. Il risultato è lo svelamento della grande ipocrisia alla base della regola di guerra: un fatto tutto politico, espressione dell'arroganza di una grande potenza navale, privo di qualsiasi appiglio giuridico ⁽⁴⁶⁾.

L'analisi di Madison prende le mosse da una triplice considerazione di carattere generale, difficilmente confutabile: dal momento

⁽⁴⁵⁾ Si tratta del lungo saggio dal titolo *An Examination of the British Doctrine which subjects to Capture a Neutral Trade, not open in time of Peace*, ivi, p. 204 e ss.

⁽⁴⁶⁾ Ivi, p. 268.

che la regola generale è quella in base alla quale il commercio tra un Paese neutrale e un Paese belligerante è libero come se quest'ultimo non fosse in guerra, e i casi in cui tale commercio va incontro a delle limitazioni devono considerarsi eccezionali, in accordo alla consueta massima ermeneutica, le eccezioni vanno intese in senso restrittivo a favore di coloro che sostengono la regola generale e a svantaggio dei sostenitori delle limitazioni; dal momento che le eccezioni si fondano su un principio di gravità, tale necessità dovrebbe presentare i caratteri della necessità ed urgenza; il progresso dello *ius gentium*, per effetto del progresso della scienza e del principio di umanità, va nella direzione di mitigare le conseguenze negative della guerra, eliminandone i presupposti e favorendo i diritti degli Stati che scelgono la pace a discapito dei belligeranti.

Segue l'analisi delle posizioni dottrinali dei mostri sacri dello *ius gentium*, in particolare dei « magnifici cinque », senza spingersi oltre con l'esame delle tesi della « phalanx of authorities of later date », ritenuta inutile ⁽⁴⁷⁾. Al di là delle ovvie differenze di stile e di linguaggio, questi signori condividono la medesima posizione, immancabilmente contraria alle pretese britanniche. Tra gli autori citati, particolarmente significativa appare la posizione di Martens, sia perché egli compendia e razionalizza gli argomenti dei suoi predecessori, sia perché la sua condizione personale suggerirebbe tutt'altra posizione: l'essere un docente di giurisprudenza salariato dalla Corona inglese in quanto suddito di un elettore di Hannover, contrariamente a quanto ci si potrebbe aspettare, non reca alcun pregiudizio alla sua onestà intellettuale: le uniche eccezioni alla libertà di commercio dei neutrali sono rappresentate dal contrabbando di guerra e dalla fornitura di merci a porti sottoposti a blocco o a località poste in stato di assedio; ogni altra limitazione è illegittima, a cominciare dalla confisca del carico nemico rinvenuto in una nave neutrale e, *a fortiori*, dalla confisca del carico neutrale rinvenuto in una nave nemica.

(47) Madison esamina la posizione di Grozio, Pufendorf, Bynkershoek, Vattel e Martens, senza dimenticare Gentili e Groningius: « They are the luminaries and oracles, to whom the appeal is generally made by nations, who prefer an appeal to law, rather than to power; an appeal which is made by no nation more readily than by Great Britain, when she has sufficient confidence in the justice of her cause ». Cfr. *ivi*, p. 209 e ss.

Ma la parte più vivace e tagliente del *plaidoyer* di Madison è certamente quella nella quale il Segretario di Stato ricostruisce la condotta pregressa del Regno Unito, evidenziandone la radicale incompatibilità con la regola di cui il governo britannico pretende il rispetto. Il contrasto tra teoria e prassi si rivela infatti inconciliabile, l'ipocrisia difficilmente tollerabile. In primo luogo, il Regno Unito è il primo a derogare al principio della esclusività dei traffici commerciali con i propri domini coloniali qualora ciò si renda necessario per far fronte alle impellenze derivanti dallo stato di guerra. In secondo luogo, se da un lato il Regno Unito pretende di vietare ai neutrali il commercio con le colonie dei propri nemici, dall'altro è il primo a intrattenere con esse rapporti commerciali e a incoraggiare il commercio tra queste e le colonie britanniche.

In linea teorica, la politica inaugurata al tempo di Cromwell con i *Navigation Acts* poteva essere invocata come antecedente diretto della regola di guerra, a conferma della coerenza di fondo della condotta britannica. In effetti, tali provvedimenti vietavano espressamente l'importazione verso la Gran Bretagna di merci provenienti da Paesi extra-europei e di merci provenienti dal continente da parte di navi straniere⁽⁴⁸⁾. L'obiettivo perseguito dal *Navigation Act* del 1651 era evidente sin dall'inizio: indebolire il predominio mercantile olandese, tentando di incrinare il controllo pressoché totale che i Paesi Bassi esercitavano sul commercio internazionale del continente: « the great object of jealousy at the time of passing this act was the immense carrying trade possessed by the Dutch »⁽⁴⁹⁾.

(48) Cfr. L. SAWYERS, *The Navigation Acts Revisited*, in « The Economic History Review », 45 (1992), pp. 262-284; R.L. RANSOM, *British Policy and Colonial Growth: some Implications of the Burden from the Navigation Acts*, in « The Journal of Economic History », 28 (1968), pp. 427-435.

(49) « The portion of the carrying-trade with our colonies, which the Dutch had obtained, was the most serious grievance, and that which the nation bore with least patience. Notwithstanding the engagements, stipulations, and regulations, made for confining that branch of navigation to the mother-country, it is said, that in the West-India Islands there used, at this time, out of forty ships to be thirty-eight ships of Dutch bottoms. The ordinance sets out with a regulation that was to strike at this abuse », cfr. J. REEVES, *A History of the Law of Shipping and Navigation*, London, 1792, p. 46.

Pochi anni dopo (13 Settembre 1660) il governo britannico ribadì tale provvedimento rendendolo ancora più severo, disponendo che gli equipaggi delle navi autorizzate all'importazione dovessero essere composti, almeno per tre quarti, da marinai inglesi, mentre determinati beni, quali tabacco, zucchero, indaco, cotone, etc., in partenza dalle colonie britanniche, potevano essere spediti solo direttamente verso la madrepatria. Senonché, il rigore di tale norma andò subito incontro a eccezioni e a temperamenti: in occasione della guerra del 1740 il Parlamento si affrettò infatti a emanare un provvedimento volto a sospendere l'efficacia del divieto introdotto nel 1660: «whereas by the laws now in force, the navigating of ships or vessels in divers cases, is required to be, the master and three fourth parts of the mariners being English, under divers penalties and forfeitures therein contained: and whereas great numbers of seamen are employed in her majesty's service for the manning of the Royal Navy, so that it is become necessary, during the present war, to dispense with the said laws, and to allow a greater number of foreign mariners for the carrying on of trade and commerce». Come se non bastasse, persino la pratica del commercio diretto fra la Gran Bretagna e le colonie del nemico trovò conferma in provvedimenti formali del Parlamento: un *Act of Parliament* approvato il 27 giugno del 1805, tra gli altri, stabilì una lista di porti franchi (Giamaica, Antigua, Trinidad e Tobago, Tortola, Bermuda, New Providence, etc.), dichiarando legittime le esportazioni effettuate da tali località da parte di navi riconducibili a soggetti non britannici e persino da parte di neutrali esclusi da quelle tratte commerciali in tempo di pace. Senza dimenticare l'art. 12 del Trattato anglo-americano del 1794, il quale dichiarava legittimo il commercio effettuato da navi americane non eccedenti una certa stazza tra i porti del Nord America e le Indie Occidentali britanniche, anche qualora esso avesse ad oggetto beni preclusi ai neutrali in tempo di pace.

La distanza siderale esistente tra i principi e la prassi, che Madison si diverte a smascherare dimostrando una padronanza assoluta della materia, rende evidente, ai suoi occhi, che l'unico principio al quale il Regno Unito si mantiene fedele è quello della «commercial jealousy», criterio-guida di ogni scelta di politica economica e commerciale. «Commercial jealousy» che, a partire da

metà Settecento, risulta incoraggiata da una formidabile potenza navale: ecco il *trait d'union* che, a dispetto delle apparenti e poco significative contraddizioni, getta luce sul significato complessivo di istruzioni, *orders*, pronunce giurisprudenziali, che si moltiplicano a dismisura sul finire del secolo ⁽⁵⁰⁾.

Tuttavia, a partire dal *Jay Treaty*, assistiamo a una significativa inversione di tendenza: di fronte alle proteste crescenti dei neutrali, il governo britannico sceglie di adottare una linea politica meno intransigente, di natura evidentemente compromissoria: dichiara legittimo il commercio dei neutrali con le colonie dei Paesi in guerra con il Regno Unito e il trasporto diretto dei beni coloniali in Gran Bretagna; mentre ribadisce l'illegittimità del commercio tra neutrali di beni di produzione coloniale. In pratica, una nave americana o olandese non può portare direttamente beni coloniali verso un porto francese; può farlo solo « circuitously », ovvero previa sosta e scarico della merce in un porto della stessa nazionalità della nave mercantile. È il principio del *broken voyage*, introdotto mediante una interpretazione più conciliante della regola del 1756.

Evidente lo scopo cui puntava tale soluzione: limitare *de facto* le importazioni dei beni coloniali da parte dei singoli Paesi neutrali alla quantità strettamente necessaria al consumo interno, incoraggiando l'esportazione tramite navi neutrali del grosso delle ricchezze coloniali verso i porti britannici. La soluzione non produce però gli effetti sperati. Ci si aspettava infatti che le spese e i ritardi legati a un « circuitous trade » svolto necessariamente attraverso una o più soste presso un porto intermedio avrebbero impedito importazioni e riesportazioni di merci coloniali tra Paesi terzi, favorendo il commercio diretto con il Regno Unito. Solo per tale ragione, il diritto di riesportare era ammesso, benché senza entusiasmo, sia dal governo che dalle corti britanniche. Il *mood* dei sudditi di Sua Maestà muta radicalmente quando ci si rende conto che, per effetto della intransigenza e della entità dei capitali investiti dai commercianti d'oltre oceano, il quantitativo di merci esportate dalle ex colonie americane verso il vecchio continente non subisce alcuna significativa riduzione: non solo l'obbligo di commerciare « circuitously »

⁽⁵⁰⁾ MADISON, *An Examination*, cit., p. 317.

non provoca l'auspicata concentrazione dei flussi commerciali verso il Regno Unito, ma l'introduzione della regola del « broken voyage » provoca una vera e propria esplosione delle esportazioni statunitensi il cui controvalore approssimativo, nel giro di appena quattro anni, passerà da 500.000 a oltre 53 milioni di dollari ⁽⁵¹⁾.

Il risultato è il ritorno in auge della prassi precedente: controlli e ostacoli crescenti vengono opposti alle importazioni, mentre le riesportazioni iniziano ad essere considerate con sfavore. Viene rimessa in voga l'idea della continuità del viaggio, in base alla quale due viaggi distinti vengono considerati come parti di un unico viaggio. Per sovrappiù, le corti di *Admiralty*, ignorando le decisioni dei tribunali superiori, iniziano a non ritenere sufficiente, al fine di evitare la condanna come « just prize of war » lo scarico della merce e il pagamento delle imposte doganali previste. Il diritto di riesportare viene sottoposto a limiti stringenti: si richiede che la riesportazione avvenga su una nave diversa o addirittura previa vendita dei beni coloniali in un mercato neutrale; finché risulta chiaro che nessuna precauzione potrà mai essere sufficiente per impedire alle corti britanniche di esaminare l'effettiva intenzione dell'importatore, nell'ambito di un giudizio nel quale l'onere di provare la volontà di non riesportare le merci trasportate ricade interamente su quest'ultimo.

6. *Dal caso Polly alla denuncia della prostituzione delle bandiere neutrali.*

Ciò spiega l'apparente schizofrenia di pronunce giurisprudenziali dal contenuto opposto, redatte da giudici appartenenti al medesimo collegio, a distanza di pochissimo tempo l'una dall'altra. La prima, cui si deve l'introduzione del principio del « broken voyage », è il caso *Polly*, risalente al 5 febbraio 1800, deciso dalla *Court of Admiralty* il 29 aprile dello stesso anno ⁽⁵²⁾. La controversia ha ad oggetto il sequestro di una nave americana, fermata il 16 ottobre del 1799 durante un viaggio da Marblehead a Bilboa, con un

⁽⁵¹⁾ Cfr. HICKEY, *The Monroe-Pinkney Treaty*, cit., p. 71.

⁽⁵²⁾ Cfr. C. ROBINSON, *Reports of Cases argued and determined in the High Court of Admiralty*, II, London, 1812, p. 361 e ss.

carico di pesce, zucchero e cacao. Lo zucchero, proveniente dai Caraibi, era stato scaricato in Nord America, stoccato da giugno ad agosto in attesa della riparazione della nave, infine era stato imbarcato in vista della spedizione finale. Il cacao, in quantità esigua, proveniente da una colonia spagnola, era stato trasferito a bordo da un'altra nave, in rada a Marblehead, nel Massachusetts, dopo aver passato i controlli doganali.

La proprietà del carico era pacifica. Il *thema decidendum* verteva esclusivamente attorno alla legittimità del viaggio. Il *captor* sosteneva che il commercio dei neutrali con le colonie del nemico, vietato se effettuato direttamente, non diventava per ciò solo lecito se svolto « circuitously ». Scott, al contrario, afferma che un cittadino americano, così come è libero di importare merci provenienti da un Paese in guerra con il Regno Unito, del pari è libero di riesportarle verso il vecchio continente. Non è compito del giudice indagare l'intenzione originaria del soggetto in questione né definire in linea generale le condizioni in presenza delle quali una importazione può dirsi effettuata in buona fede. Di certo, però, precisa il magistrato, lo scarico della merce, il suo stoccaggio e il pagamento delle tasse doganali, appaiono criteri sufficienti per far nascere una presunzione di buona fede; con la conseguenza che l'onere di provare l'intenzione di porre in essere un « circuitous trade » grava interamente sull'autore del sequestro:

There remains only the question of law, which has been raised, whether this is not such a trade as will fall under the principle that has been applied to the interposition of neutrals in the colonial trade of the enemy, on which it is said that if an American is not allowed to carry on this trade directly, neither can he be allowed to do it circuitously. An American has undoubtedly a right to import the produce of the Spanish colonies for his own use; and after it is imported bona fide into his own country, he would be at liberty to carry them on to the general commerce of Europe. Very different would such a case be from the Dutch cases in which there was an original contract from the beginning, and under a special Dutch licence, to go from Holland to Surinam, and to return again to Holland with a cargo of colonial produce. It is not my business to say what is universally the test of a bona fide importation. It is argued that it would not be sufficient that the duties should be paid, and that the cargo should be landed. If these criteria are not to be resorted to, I should be at loss to know what should be the test; and I am strongly disposed to hold that it would be sufficient that the goods should be landed and the duties paid.

Come si vede, in questo caso, la circostanza della riesporta-

zione non è ritenuta sufficiente per confermare la legittimità del sequestro ⁽⁵³⁾. I commercianti americani, grazie alla loro indubbia abilità imprenditoriale, riescono a sfruttare al meglio la spiraglio aperto dal caso *Polly* con risultati che, come abbiamo visto, vanno ben al di là delle più rosee aspettative.

Nel frattempo, però, muta ancora una volta lo scenario politico internazionale: la pace siglata ad Amiens si rivela effimera: nel maggio del 1803, dopo appena quattordici mesi dalla conclusione del Trattato, il Regno Unito è di nuovo in guerra con la Francia. Ciò non fa altro che accrescere il malcontento neppure troppo strisciante provocato tra i cittadini d'oltre Manica dagli effetti del caso *Polly*. Dinanzi al successo commerciale americano ⁽⁵⁴⁾, favorito dal principio del *broken voyage*, l'opinione pubblica britannica, fomentata dal ceto mercantile, punta il dito contro la libertà eccessiva concessa ai neutrali, considerati nella migliore delle ipotesi dei cinici pronti a speculare sulla guerra, nella peggiore, dei veri e propri nemici mascherati.

Non è un caso, infatti, se nello stesso mese della battaglia di Trafalgar compare in Inghilterra un *pamphlet* incendiario, che fa il paio con quello scritto mezzo secolo prima da James Marriott: identici i temi trattati, ancora più spinto il tono polemico, decisamente più vasto l'orizzonte di riferimento: non più soltanto il « *damnt Dutch* », messo alla berlina da Marriott, ma il commercio coloniale nel suo insieme, quel commercio « *which subsists by our indulgence alone* », e *in primis* le pratiche commerciali fraudolente messe in atto dal nuovo soggetto forte affermatosi sullo scenario internazionale, gli Stati Uniti con i loro mercanti e imprenditori ⁽⁵⁵⁾.

⁽⁵³⁾ Cfr. B. PERKINS, *Sir William Scott and the Essex*, in « *The William and Mary Quarterly* », 13 (1956), pp. 169-183, p. 172.

⁽⁵⁴⁾ Basti ricordare a titolo di esempio che nel solo 1804 gli uffici doganali di Boston registrano entrate superiori a due milioni e mezzo di dollari. Al punto che si è sottolineato come « *the four-year period 1804 to 1807 was the heyday of Boston as the neutral maritime center* », cfr. FORBES, *European Wars and Boston Trade*, cit., p. 720. Si veda anche C. KINGSTON, *America 1720-1820: War and Organisation*, in *Marine Insurance*, Leonard (ed.), cit., pp. 205-226, in particolare p. 218 e ss.

⁽⁵⁵⁾ La dottrina osserva come « *la nécessité reconnue de l'échange continuel des produits de l'Europe contre ceux de l'Amérique, détermine entre les deux parties du monde une connexité d'intérêts indissolubles* », cfr. DE MARTENS, *Précis du droit des gens*,

L'autore, James Stephen (1758-1832), futuro bis-nonno di Virginia Woolf, è uomo di talento: fiero abolizionista, parlamentare, avvocato, specializzato nella legislazione mercantile britannica, è certamente il personaggio ideale per scrivere un libello assai godibile, nel quale la passione politica e la critica militante possono trarre alimento da una solida base documentaria e da una esperienza professionale di tutto rispetto. Stephen, insomma, conosce bene i temi trattati, ed appare tanto competente quanto poco incline alla moderazione, come il titolo stesso dell'opera rende evidente: *A War in Disguise or the Frauds of the Neutral Flags* ⁽⁵⁶⁾.

L'analisi di Stephen prende le mosse dall'esame dei principi generali ai quali si è sempre ispirato il commercio coloniale. Da sempre il *colonial trade* è stato caratterizzato dalla sua esclusività, dal fatto cioè di essere una forma di commercio riservato al Paese cui la colonia appartiene. Da qui il divieto per le *foreign flags* di rifornire le colonie di merci per conto di importatori stranieri e di esportare prodotti coloniali su navi straniere verso Paesi diversi rispetto alla madrepatria della colonia. Solo a partire dalla Guerra dei Sette Anni, su iniziativa francese, il principio del monopolio del commercio coloniale è stato in parte riconsiderato, allo scopo di sfuggire alla pressione esercitata dalla flotta britannica, notevolmente superiore rispetto a quella transalpina. Ma si è trattato in ogni caso di un espediente transitorio, dettato da necessità puramente contingenti, che non toglie in alcun modo valore alla regola generale; secondo la quale, a rigore, i territori coloniali, per i Paesi diversi dalla madre-

cit., I, p. 366. Del resto, l'emersione degli Stati Uniti come nuovo soggetto forte sullo scacchiere internazionale provoca inevitabilmente il moltiplicarsi degli scambi e delle relazioni commerciali tra le due sponde dell'Atlantico favoriscono l'emergere di uno scenario *à la Constant*, nel quale la nuova società borghese transnazionale, in via di rapida globalizzazione, non tollera i conflitti e le trame guerresche innescate dalle rivalità tra cancellerie contrapposte.

⁽⁵⁶⁾ Pubblicato a Londra nel 1805, il saggio di Stephen appare « ufficialmente inspired ». Cfr. W.M. SLOANE, *The Continental System of Napoleon*, in « Political Science Quarterly », XIII (1898), p. 219 e ss. È noto che Stephen sottopose il manoscritto a Scott, il quale lo presentò a William Pitt, suggerendo in seguito all'autore di pubblicarlo privatamente, per ragioni di opportunità politica. Tuttavia, il rappresentante americano in Gran Bretagna ne inviò una copia al Segretario di Stato, con questo commento: « It is said to be a ministerial work, or rather under its auspices ». Cfr. PERKINS, *Prologue to War*, cit., p. 78.

patria, sono come le montagne della Luna, hanno la stessa realtà di Atlantide ⁽⁵⁷⁾.

Se ciò è vero, le due regole introdotte dal governo e dalle corti britanniche a partire dal 1756 non hanno nulla di scandaloso, configurandosi al contrario quali strumenti necessari per la tutela dell'interesse nazionale del Regno Unito entro un orizzonte politico-giuridico consolidato e condiviso dalle principali potenze europee. La regola di guerra, come sappiamo, sul finire del Settecento è stata rivista su iniziativa britannica nel senso di una evidente « relaxation ». L'oggetto e i limiti di tale ammorbidimento erano chiari sin dall'inizio: rendere più agevole il traffico commerciale dei neutrali, a condizione che esso non assumesse la forma di un commercio diretto effettuato su navi neutrali tra le colonie e le potenze europee in guerra contro il Regno Unito. Sulla base di tale « relaxation », osserva Stephen, gli Stati Uniti hanno goduto di una notevole libertà, potendo trasportare i prodotti coloniali presso i porti nord-americani e da lì riesportarli verso il vecchio continente, come pure importare prodotti manifatturieri francesi o spagnoli e successivamente introdurli nelle rispettive colonie; tutto ciò con l'unica condizione che il commercio fosse effettuato « circuitously », che in altre parole la riesportazione fosse preceduta da una « bona fide shipment » nel territorio del Paese neutrale. Solo in tal caso poteva dirsi integrato il principio del *broken voyage*, non essendo al contrario sufficiente una mera sosta del convoglio nel porto neutrale, secondo la pratica fraudolentemente adottata dai commercianti americani per aggirare il divieto del commercio diretto ⁽⁵⁸⁾. Da qui l'emergere di una serie infinita di abusi, alla luce dei quali non è esagerato affermare che i commercianti e gli imprenditori americani hanno agito in molti casi alla stregua di « agents for the enemy » ⁽⁵⁹⁾.

Dopo aver stigmatizzato la condotta fraudolenta dei neutrali, l'autore passa in rassegna i danni che tale situazione arreca agli interessi economici del Regno Unito. Si tratta di conseguenze tanto più perniciose, quanto più il commercio in questione appare ricco,

⁽⁵⁷⁾ Cfr. J. STEPHEN, *War in Disguise or the Frauds of the neutral Flags*, London, 1806, p. 14.

⁽⁵⁸⁾ Ivi, p. 48.

⁽⁵⁹⁾ Ivi, p. 61.

vario, articolato. C'è una differenza fondamentale, a livello quantitativo, tra ciò che avveniva durante la Guerra dei Sette Anni e la prassi inaugurata tra la guerra di indipendenza americana e le guerre napoleoniche: se prima, infatti, il traffico commerciale con le colonie veniva svolto anche da navi battenti bandiera nemica, sul finire del XVIII secolo, al contrario, il commercio coloniale di Francia e Spagna appare interamente demandato a soggetti neutrali. Al punto che Stephen, a beneficio dei suoi lettori, riassume il quadro della situazione mediante due assunti, solo apparentemente paradossali: « Not a single merchant ship under a flag inimical to Great Britain now crosses the equator, or traverses the Atlantic Ocean; with the exception only of a very small portion of the coasting trade of our enemies, not a mercantile sail of any description, now enters or clears from their ports in any part of the globe, but under neutral colours »⁽⁶⁰⁾.

Di certo, però, la parte più significativa dell'opera di Stephen è quella in cui l'autore, a conferma dei danni provocati dalla « relaxation » della regola di guerra, svolge un'analisi comparativa dei costi e dei ricavi derivanti dalla prassi mercantile attuale, dominata dal commercio dei neutrali; e nel far ciò, si concentra, da un lato, sul profilo assicurativo, dall'altro, sull'intreccio inestricabile tra *impressment* e predominio delle *neutral flags*. In un'ottica mercantile, i costi di importazione rappresentano il criterio principale per distinguere le perdite dai ricavi. Se il prezzo delle materie prime cresce in proporzione al costo delle importazioni, la perdita per l'importatore è pari a zero. Senonché i costi di importazione, complessivamente considerati, per noleggio, coperture assicurative e voci consimili, nel Regno Unito hanno subito un incremento pari se non superiore a quello verificatosi per le potenze rivali, obbligate a importare « circuitously », e quindi almeno apparentemente in maniera più onerosa. Con il risultato paradossale che per effetto dello stato di guerra, a fronte di un ridotto aumento dei costi di importazione, Francia e Spagna ricavano un vantaggio considerevole dall'aumento del prezzo delle materie prime nei mercati neutrali.

In particolare, separando il prezzo collegato al rischio del

⁽⁶⁰⁾ Ivi, p. 71.

viaggio, ovvero la copertura contro i pericoli comuni (« sea risqué »), dal prezzo collegato alla copertura assicurativa per rischi direttamente riconducibili alla guerra, si giunge alla conclusione che l'aumento delle polizze risulta più gravoso per i commercianti britannici. In altre parole, « that shipper whose sovereign is master of the sea » spende di più per conseguire un risultato analogo a quello dei suoi diretti concorrenti. Prima della guerra, una polizza assicurativa per un viaggio dalla Martinica alla Francia ammontava al 3% del controvalore trasportato, mentre per un viaggio dalle Indie occidentali britanniche al Regno Unito ammontava al 2%. A seguito della guerra, la stessa copertura assicurativa per un commerciante inglese risulta aumentata del 400%, pari agli otto decimi del controvalore, dovendosi calcolare nel premio complessivo anche le spese dovute per la scorta al convoglio mercantile. Per un commerciante francese o spagnolo, al contrario, l'aumento è stato pari al 100%, ovvero soltanto ai tre sesti del controvalore. L'autore conosce bene le pratiche in uso presso le compagnie assicuratrici britanniche, e su di esse fa leva per corroborare le proprie argomentazioni.

La descrizione delle modalità con le quali vengono stipulate le coperture assicurative costituisce certamente il profilo più significativo di tutta l'opera. Questo in sintesi il meccanismo: viene sottoscritta una polizza azionabile presso qualsiasi tribunale, dal momento che la merce viene assicurata come proprietà neutrale. Successivamente, mediante una scrittura privata, l'assicuratore si impegna a non discutere la neutralità della merce in caso di perdita o di cattura, né ad avvalersi di una eventuale sentenza che ne dichiari il carattere ostile. Si tratta in realtà di accordi privi di valore giuridico, che vengono tuttavia religiosamente osservati, essendo ritenuti sacri e inviolabili ⁽⁶¹⁾. Inoltre, il costo della clausola « segreta », la « neutralisation clause », aggiunta *ex post* mediante scrittura privata incide in termini percentuali in misura irrilevante rispetto al costo totale della polizza, ammontando a mala pena all'1% del controvalore assicurato.

Con il risultato che un assicuratore britannico è disposto a garantire, dietro pagamento di un premio pari al 6% del valore

⁽⁶¹⁾ Ivi, p. 85.

complessivo della merce, un carico spagnolo, per un viaggio dall'Havana alla Spagna via Stati Uniti, pur essendo perfettamente a conoscenza della sua natura ostile ⁽⁶²⁾. La conseguenza di tutto ciò è davvero paradossale: il Regno Unito è in guerra con le principali nazioni *leader* del commercio mondiale, eppure non una sola nave, tra tutte quelle che solcano l'oceano, è degna di essere condannata come « just prize of war ». A volersi fidare delle apparenze, bisognerebbe dare per buoni due assunti, la cui inverosimiglianza è tuttavia lampante: da diversi anni a questa parte, le grandi potenze marittime mondiali hanno rinunciato a svolgere qualsiasi attività commerciale in proprio, divenendo meri agenti che vendono e acquistano su commissione per conto dei potenti quanto inediti commercianti danesi, prussiani o statunitensi; d'un tratto, sulla scena mondiale è apparsa una nuova classe di commercianti, spuntati miracolosamente dal niente, in Paesi con scarsa o inesistente tradizione marinara ⁽⁶³⁾.

Per tale ragione, Stephen non esita a parlare di prostituzione delle *neutral flags*, lanciando un attacco frontale contro i diritti dei neutrali, ai quali in quegli stessi mesi stava dedicando le sue attenzioni Madison, nonché alla linea politica indulgente tenuta nel corso dell'ultimo decennio dal Regno Unito. Una prostituzione che è anche all'origine della impossibilità britannica di rivedere la propria linea politica in materia di *impressment*. Ed è qui che il ragionamento sviluppato dall'avvocato e parlamentare abolizionista in tema di commercio coloniale si salda con l'altro argomento caldissimo, che affatica da tempo le rispettive segreterie di Stato, con esiti diametralmente opposti rispetto a quelli cui giungerà Madison: è un fatto, osserva il nostro autore, che l'identità linguistica e l'affinità di usi e di tradizioni che accomunano marinai americani e marinai britannici fa sì che questi ultimi scelgano sovente di abbandonare il servizio presso la marina inglese a favore di quella statunitense. Fenomeno deplorabile, ma impossibile da eliminare in radice. Occorre pertanto agire là dove possibile: eliminando le cause indirette alla base della diserzione. Il che è logicamente incompatibile con un atteggiamento politico liberale nei confronti delle prerogative dei

⁽⁶²⁾ Ivi, p. 86.

⁽⁶³⁾ Ivi, p. 96 e s.

neutrali, poiché in tal modo non si fa altro che moltiplicare la domanda di forza lavoro da parte di una flotta mercantile in crescita esponenziale ⁽⁶⁴⁾.

In conclusione, l'unico rimedio possibile per tutelare gli interessi del Regno Unito e porre termine alla prostituzione delle bandiere neutrali è rappresentato da una radicale inversione di tendenza nell'approccio al problema del commercio coloniale mediante la revoca della concessione graziosa fatta a tali soggetti ⁽⁶⁵⁾. Rimedio da attuare con prudenza, non senza aver prima valutato due profili: in primo luogo, quale sia il livello di probabilità che una politica più severa nei confronti delle potenze neutrali possa sfociare in un conflitto armato; in secondo luogo, se il male derivante da un eventuale conflitto sia o meno peggiore del male attuale. È sulla prima questione che Stephen commette un errore clamoroso, provocato da una interpretazione della situazione contingente centrata esclusivamente su profili di carattere finanziario: gli Stati Uniti sono un Paese prospero dal punto di vista mercantile, non altrettanto dal punto di vista del reddito; nel caso di un conflitto con il Regno Unito, gli scambi commerciali subirebbero un contraccolpo formidabile, con la conseguenza che l'aumento della spesa pubblica determinato dallo stato di guerra si tradurrebbe in un inevitabile aumento della pressione fiscale sui *landholders* americani, esito di certo non voluto e tradizionalmente mal sopportato dai cittadini di quel Paese. Come si vede, in questa analisi manca qualsiasi considerazione di un elemento imponderabile, eppure altrettanto decisivo, ovvero la considerazione dell'orgoglio nazionale, profilo non quantificabile in termini strettamente economici, ma non irrilevante, come traspare del resto dalla lettura delle pagine di Madison.

7. *La tensione si accentua: il caso Essex e le proteste dell'opinione pubblica americana.*

Tutto ciò è all'origine di una decisione celeberrima, ritenuta addirittura « leggendaria » dalla storiografia britannica; sentenza politica al di là di ogni ragionevole dubbio, considerata l'antece-

⁽⁶⁴⁾ Ivi, p. 122.

⁽⁶⁵⁾ Ivi, p. 140 e s.

dente diretto, a livello giudiziale, dei successivi *Orders in Council* e dei decreti di Berlino e di Milano, sul versante europeo, nonché dell'*Embargo* e del *Non-Intercourse Act*, sul versante americano. Insomma, un provvedimento che si inserisce a pieno titolo in uno scenario di guerra, in un conflitto nel quale le ritorsioni commerciali non sono meno importanti e decisive delle battaglie in campo aperto. La sentenza in questione, cui si deve il ribaltamento del principio di diritto formulato nel caso *Polly*, venne pronunciata il 23 Luglio del 1805 da Sir William Grant, *Master of the Rolls* e presidente dei *Lords Commissioners of Appeal* nei giudizi sulle prede. Curiosamente, a causa della similitudine tra i nomi dei giudici e del fatto che talune pronunce posteriori di Grant, conformi a quella in oggetto, vennero pubblicate nella raccolta di Robinson, la decisione *Essex* venne attribuita a Sir William Scott⁽⁶⁶⁾, che divenne agli occhi di tutti, specie dell'opinione pubblica americana, il responsabile e il capro espiatorio del disastro giurisprudenziale.

La vicenda riguarda il mercantile americano *Essex*, intercettato dalla *Royal Navy* durante un viaggio da Salem, in Massachusetts, all'Havana. La *Essex* in realtà era giunta a Salem da Barcellona e dopo una breve sosta era ripartita alla volta dei Caraibi. Alla luce della decisione *Polly*, *nulla quaestio*: la continuità del viaggio era stata rotta e il traffico commerciale in questione doveva ritenersi perfettamente legittimo. Ma ecco il colpo di scena: il giudice dichiara legittima la cattura sostenendo che il pagamento delle tasse doganali non può ritenersi di per sé elemento sufficiente a provare la buona fede del proprietario della nave e/o della merce. Al contrario, Grant si sforza di ricostruire l'intenzione originaria del proprietario a partire dall'esame delle circostanze di fatto non controverse: l'impiego ripetuto della stessa nave riconducibile al medesimo proprietario in tratte commerciali identiche; il fatto che

(66) Cfr. J.D. GORDAN, *Publishing Robinson's Reports of Cases Argued and Determined in the High Court of Admiralty*, in « Law and History Review », 32 (2014), pp. 525-573, p. 561; PERKINS, *Sir William Scott and the Essex*, cit., p. 179 e ss.; WOOLSEY, *Early Cases on the Doctrine of Continuous Voyages*, cit., p. 843; ELLIOTT, *The Doctrine of Continuous Voyage*, cit., p. 70 e s. Il testo del caso *Essex* non è stato pubblicato. Altra pronuncia celebre, riconducibile a Grant, nella quale viene adottato il principio della *Essex* è il caso *William*, deciso l'11 Marzo del 1806.

l'intero carico provenga da una colonia del nemico o sia comunque di proprietà del nemico; il fatto che esso sia stato scaricato e sia rimasto sul suolo americano per il tempo strettamente necessario per allestire la spedizione finale.

La pretesa di indagare l'intenzione, unita al ribaltamento dell'onere della prova, posto adesso a carico della vittima del fermo, rende di fatto quasi impossibile qualsiasi forma di libero commercio, come Madison non manca di denunciare. Non a caso, a partire dal caso *Essex*, si moltiplicano i fermi di navi americane impegnate nella esportazione di merci di provenienza caraibica, con effetti paralizzanti sul traffico commerciale: il prezzo delle polizze assicurative subisce un aumento esponenziale, mentre soltanto nella seconda metà del 1805 i sequestri accertati sono oltre un centinaio, per un valore stimato di oltre 500.000 dollari ⁽⁶⁷⁾. Alla luce di tutto ciò, non è esagerato affermare che questa sentenza rappresenti una pietra miliare nella storia dell'*admiralty law* e un punto di svolta nelle relazioni politiche tra i due Paesi: « the *Essex* decision marked a turning point in America's career as the happy neutral » ⁽⁶⁸⁾.

Oltre oceano, le reazioni e le proteste non si fanno attendere. Ne è un esempio la petizione inviata il 21 Gennaio del 1806 da Robert Gilmore e da altri venticinque mercanti di Baltimora al Presidente e al Congresso degli Stati Uniti ⁽⁶⁹⁾. Il documento, molto lungo e articolato, manifesta tutto il disappunto dei mercanti del Maryland per le continue catture e confische subite ad opera della marina britannica, sulla base di principi nuovi, inventati di sana pianta, e applicati senza riguardo da tribunali compiacenti; principi che si fondano su regole oscure, di cui sfugge il fondamento, la cui natura appare anzi volutamente equivoca e indefinita, funzionale a fare di esse uno strumento di oppressione. Il sistema precedente, benché macchinoso, era chiaro e non dava adito a errori; il sistema nuovo è al contrario ambiguo e indeterminato, tale da paralizzare qualsiasi forma di legittima iniziativa commerciale ⁽⁷⁰⁾.

⁽⁶⁷⁾ Cfr. HICKEY, *The Monroe-Pinkney Treaty*, cit., p. 71.

⁽⁶⁸⁾ Cfr. FORBES, *European Wars and Boston Trade*, cit., p. 720.

⁽⁶⁹⁾ La petizione si trova in *American State Papers — Foreign Relations*, II, pp. 750-756. Si veda anche HICKEY, *The Monroe-Pinkney Treaty*, cit., p. 73.

⁽⁷⁰⁾ *American State Papers*, cit., p. 750.

Le critiche si concentrano in particolare sul profilo dell'intenzione alla base del viaggio, elemento-cardine della nuova dottrina britannica per giudicare della liceità o meno del traffico commerciale svolto dai neutrali. Nulla di più inafferrabile e di più drammaticamente opinabile di un ragionamento giuridico elaborato a partire dalla ricostruzione presunta delle intenzioni reali o fantasmagoriche nascoste nel foro interiore di un commerciante: sulla base di quali presupposti — si chiedono i firmatari della petizione — sarà d'ora in poi possibile dedicarsi con un minimo di buon senso a una attività commerciale impegnativa e oggettivamente rischiosa, anche soltanto per i naturali e inevitabili pericoli legati al traffico marittimo, quando l'iniziativa, gli sforzi e i capitali investiti possono sfumare e perdersi irreparabilmente a causa di un giudice che emana sentenze applicando principi arbitrari e fumosi?

I commercianti di Baltimora confessano il loro smarrimento: si sono sforzati in tutti i modi possibili di comprendere le varie forme che la nuova dottrina britannica può assumere in pratica, ma non sono riusciti a trovare un solo modo plausibile per assicurare, conformemente a tale teoria, la legittimità della riesportazione del *surplus* di beni coloniali verso altri mercati. Il risultato non può che essere la completa paralisi del commercio marittimo, con grave danno non solo per gli interessi degli Stati Uniti, ma per gli stessi interessi del mercato europeo ⁽⁷¹⁾. Ma Gilmor e gli altri non si limitano ad elevare una denuncia accorata: la petizione non è un semplice grido di dolore lanciato da commercianti esasperati, è al contrario un testo lungamente ponderato e ricco di spunti ricostruttivi interessanti. Il periodare ricorda quello di Madison, la lingua utilizzata è persino più ricca e complessa. Sarebbe facile — vi si legge — dimostrare mediante un esame dei diversi trattati dei quali la Gran Bretagna è stata parte nel corso del tempo, come tale dottrina sia una « modern usurpation »; sarebbe del pari agevole mostrare come i giuristi e i politici inglesi del XVIII secolo abbiano in larga misura disconosciuto la legittimità di tale dottrina.

Ma non è necessario spingersi sino a questo punto per dare un fondamento giuridico adeguato alla denuncia. È sufficiente a tal fine

(71) Ivi, p. 751.

mostrare, da un lato, il contrasto esistente tra la condotta assai più liberale tenuta dal Regno Unito durante la guerra di successione (1744) e la condotta opposta tenuta in occasione della guerra dei Sette Anni, allorché per la prima volta le corti hanno iniziato ad applicare una regola nuova, decisamente più pregiudizievole per gli interessi dei neutrali ⁽⁷²⁾; dall'altro, mostrare come la regola di guerra non sia altro che la istituzionalizzazione opportunistica di un meccanismo di difesa adottato contro una politica commerciale francese che, per quanto inedita, presentava sin dall'inizio il carattere della episodicità e della temporaneità. A rigore, infatti, durante la guerra dei Sette Anni la Francia non ha aperto ai neutrali il traffico con le proprie colonie, se con ciò si intende la creazione di porti franchi liberamente accessibili ai neutrali; il governo francese ha semmai fatto ricorso all'espedito di concedere licenze speciali a taluni soggetti neutrali per consentire loro di intrattenere scambi commerciali con le colonie nel contesto di un quadro giuridico che restava caratterizzato dalle limitazioni tradizionali. A seguito di ciò, il governo inglese e le corti di *common law*, per reazione, si sono inventate la teoria della adozione o della naturalizzazione, inducendo la Francia ad abbandonare la pratica delle licenze speciali; con il risultato che, mentre quest'ultima, che si presentava già *ab origine* come una pratica del tutto eccezionale, è venuta meno, la regola di guerra non solo non è stata abbandonata, ma si è consolidata ed è stata contrabbandata dalla corti inglesi come una sorta di principio generale dello *ius gentium*. Ma anche in questo caso non senza ripensamenti e contraddizioni. Come dimostra la condotta tenuta dal Regno Unito durante la guerra di indipendenza americana, analoga alla prassi adottata nel 1744, e quindi assai meno ostile alle prerogative del commercio neutrale ⁽⁷³⁾.

⁽⁷²⁾ Assai efficace per un esame delle prerogative dei neutrali in caso di conflitto è H. WHEATON, *Elements of International Law*, Boston, 1866, p. 412 e ss.

⁽⁷³⁾ Nella petizione vengono esaminati i casi *Tiger* e *Copenhagen*, riguardanti navi danesi, catturate nell'Ottobre del 1780 e condannate nel Dicembre successivo. Così i giudici motivano la condanna della *Tiger*: « For that ship, having been trading to Cape François, where none but French ships are allowed to carry on any traffic, and having been laden at the time of the capture, with the produce of the French part of the island of St. Domingo, put on board at Cape François, and both ship and cargo taken confessedly coming from thence, must to all intents and purposes be deemed a ship and

Tra le varie pronunce che è possibile richiamare a titolo di esempio, una, in particolare, sembra particolarmente significativa agli occhi dei commercianti di Baltimora. Si tratta del caso *Vervaging*, deciso nella primavera del 1785. La vicenda riguarda una nave danese con un carico di merci eterogenee, in viaggio da Marsiglia alla Martinica e a *Cape François*, dove era prevista una sosta per imbarcare merci locali in vista del viaggio di ritorno verso l'Europa. Il carico originario, appartenente a mercanti di Ostenda, viene condannato in quanto proprietà nemica dalla corte di *Vice-Admiralty* di Antigua. In sede di appello, l'8 Marzo del 1785, i *Lords Commissioners* ribaltano la sentenza di condanna e ordinano un supplemento di istruttoria a carico dell'attore al fine di accertare la titolarità della merce. Il 28 Marzo del 1786, in mancanza di ulteriori elementi di prova, i *Lords Commissioners* condannano il carico, dispongono il pagamento dei costi di noleggio *pro rata itineris* e accollano all'attore le spese del giudizio.

Agli occhi dei commercianti di Baltimora questa sentenza riveste una importanza fondamentale poiché contiene tre affermazioni di principio formulate dalla più prestigiosa corte britannica di *admiralty*: in primo luogo, smentisce la pretesa illegalità della interposizione dei neutrali nel commercio coloniale, anche diretto; in secondo luogo, nega che la merce coinvolta in tale commercio sia di per sé suscettibile di confisca (la condanna ha luogo infatti solo per mancanza di una adeguata istruzione probatoria); infine, a conferma ulteriore della legittimità del commercio dei neutrali, dispone il pagamento delle spese di noleggio a favore del proprietario neutrale della nave.

L'analisi della dottrina e della giurisprudenza britannica svela

goods belonging to the French, or at least adopted and naturalize as such ». Nel caso *Copenhagen*, viceversa, la condanna venne pronunciata dopo aver accertato che la nave, con il suo carico, era diretta esclusivamente a Guadalupe, dato il divieto di ammettere una nave neutrale al commercio in un porto coloniale in tempo di guerra, qualora tale commercio fosse precluso alla stessa nave in tempo di pace. Decisiva, agli occhi dei mercanti della Virginia, è la pronuncia resa dai *Lords Commissioners* il 22 Gennaio del 1782, con la quale i giudici di appello, ribaltando la sentenza di primo grado, ordinano la restituzione delle navi e della merce confiscata ai legittimi proprietari, disattendendo in tal modo i pretesi principi generali di diritto internazionale sui quali facevano affidamento i *captors*.

insomma come la regola di guerra e tutti i suoi corollari — per non parlare della pratica inquisitoria diretta a ricercare l'intenzione presunta alla base del viaggio — non siano affatto principi generali del diritto internazionale, universalmente riconosciuti, cosa che alla fine neppure il Regno Unito finge di credere ⁽⁷⁴⁾. Si tratta soltanto di pratiche predatorie basate sulla forza, riflesso della più brutale ragion di Stato, applicata con prepotenza e arbitrio. Questo, in sostanza, il bersaglio contro cui si rivolge la petizione, la quale, significativamente, si chiude con l'invito espresso rivolto al governo degli Stati Uniti a fare uso della forza « in repelling and chastising the lawless freebooters », che infestano i mari, spingendosi persino nelle spiagge e nelle acque territoriali americane, diffondendo violenza e devastazione.

La petizione di Baltimora ci offre un'ottima testimonianza degli umori che si agitano nell'opinione pubblica americana a inizio Ottocento, del grado di consapevolezza raggiunto dalla classe dirigente di quel Paese, nonché della necessità non più eludibile di individuare una soluzione adeguata e possibilmente duratura a vantaggio della stabilità e sicurezza del commercio neutrale.

8. *Il fallimento del trattato Monroe-Pinkney.*

Se questo è vero, si comprende agevolmente perché i due temi cruciali per l'esito della trattativa affidata a Monroe siano rappresentati dal *broken voyage* e dall'*impressment*, benché non vi sia unanimità a livello storiografico su quale sia l'effettivo ordine di priorità tra i due profili. Dopo un'apparente apertura sul secondo punto manifestata nella prima bozza di accordo (abbandono dell'*impressment* in alto mare, benché per un periodo limitato, di durata non predeterminata dalle parti; riaffermazione del diritto di visita in altro mare), a seguito dei tentennamenti del *Foreign Office*, della mancata collaborazione, se non dell'aperta ostilità della *Court of Admiralty*, nonché della chiara contrarietà dei *Crown Officers* ⁽⁷⁵⁾, i

⁽⁷⁴⁾ *American State Papers*, cit., p. 753.

⁽⁷⁵⁾ I *Crown Officers* formularono la seguente dichiarazione a difesa della pratica in discussione: « the King had the right, by his prerogative, to require the service of all his seafaring subjects against the enemy, and to seize them by force whenever

negoziatori britannici (Lord Holland e Lord Auckland) mutano indirizzo. Decisivo in tal senso risulta il parere dell'*Advocate-General*, al quale il governo chiede di rispondere formalmente al seguente quesito: « on what ground does a Nation which has not a right, by treaty, to reclaim its subjects from the territory of another to which they have escaped, claim the right of taking them by force from on board its merchantmen on the high seas? » (76).

La risposta di Sir John Nicholl non tarda ad arrivare: si tratta di un diritto riconosciuto in pratica da tempo immemorabile da tutte le nazioni civilizzate, che può essere esercitato liberamente, con l'unico limite rappresentato dalla sovranità nazionale di un altro Stato. L'*Advocate-General*, in realtà, non fa altro che ripetere in forma più elegante e paludata timori e preoccupazioni ben radicate nella mentalità inglese del tempo, di cui ci offrono una testimonianza verace le parole del console britannico a New York: secondo Thomas Barclay, dinanzi a un'Europa incendiata dalle guerre napoleoniche, è pura follia pensare di mettere in discussione l'*impresment*, giacché ciò equivale a minare alle fondamenta uno dei pilastri su cui si basa la potenza navale britannica. Venuti meno i *seamen* da impiegare come forza lavoro, la *Royal Navy* risulterà inservibile, e la Gran Bretagna perderà il dominio sui mari, unica garanzia della sua indipendenza: « the waste of seamen in the British Navy is well known, nor is this a matter of more notoriety, than that the British Navy is the sole remaining obstacle between the Emperor of France and universal dominion. That these States owe their present enviable situation wholly to the existence of the British Navy; and that when we lose the command of the sea, they will without a struggle become colonies of France » (77).

Ciò spiega perché il 5 Novembre del 1806 a Monroe e al suo assistente viene presentata una seconda bozza di accordo, dal tenore

found, not being within the territorial limits of another power; that as the high seas were extra territorial, the merchant vessels of other powers navigating on them were not admitted to possess such a jurisdiction as to protect British subjects from the exercise of the King's prerogative over them », cfr. J.F. ZIMMERMAN, *Impressment of American Seamen*, New York, 1925, p. 120.

(76) Cfr. A. STEEL, *Impressment in the Monroe-Pinkney Negotiation, 1806-1807*, in « The American Historical Review », 57 (1952), pp. 352-369, p. 360.

(77) Ivi, p. 363.

decisamente meno favorevole alle posizioni americane ⁽⁷⁸⁾, cui fa seguito, pochi giorni dopo, una nota ufficiale del governo britannico con la quale si afferma la indisponibilità a trattare sull'*impressment*. I negoziatori americani decidono tuttavia di non abbandonare le trattative, ritenendo che l'intransigenza britannica possa spiegarsi in chiave di politica interna, ovvero con la volontà di rassicurare l'opinione pubblica mediante la riaffermazione in linea di principio della legittimità dell'*impressment*, impegnandosi però informalmente a non far ricorso a tale pratica per il futuro ⁽⁷⁹⁾.

Intanto però la situazione politica internazionale precipita in maniera irreversibile. A un anno di distanza dalla disfatta di Trafalgar, con i decreti di Berlino (21 Novembre 1806) e di Milano (17 Dicembre 1806), Napoleone dichiara le isole britanniche « en état de blocus »: tutto il continente europeo, da Lisbona a San Pietroburgo, è adesso coinvolto nella guerra economica contro il Regno Unito: ogni forma di commercio con la Gran Bretagna è espressamente vietata sia ai neutrali che agli alleati della Francia. L'iniziativa napoleonica ha un riflesso immediato nelle trattative: i negoziatori britannici chiedono che venga aggiunta una nota al trattato con la quale si riconosce il diritto di rappresaglia della Gran Bretagna

⁽⁷⁸⁾ La prima versione del testo era così concepita: « Both parties to enact laws making it penal for commanders of vessels in the ports of one of the parties, or of a third power, to receive and carry away the sailors belonging to the vessels of the other. Sailors so deserting, and carried away to be surrendered on their arrival at a port of the Party to which the vessels so receiving them belong, on the application of the Consuls, supported by lawful evidence of their citizenship ». La versione rivisitata proposta dai negoziatori britannici dopo le pressioni domestiche era invece la seguente: « Whereas it is not lawful for a belligerent to impress sea-faring persons not its subjects, and whereas, from similarity of language, it is difficult to distinguish between the subjects of the two states, each party to enact laws making it penal to impress native subjects of the neutral or others not subjects of the belligerent — and to grant any certificates of birth to sea-faring persons without due proof of the same », dove l'accento è posto sulla sanzione penale da stabilire a carico degli ufficiali che dispensano certificati di nascita in assenza dei requisiti di legge. Cfr. ZIMMERMAN, *Impressment of American Seamen*, cit., p. 121.

⁽⁷⁹⁾ In cambio della rinuncia all'*impressment*, gli Stati Uniti avevano offerto la restituzione di tutti i disertori britannici presenti sul territorio americano, ipotesi che era parsa interessante agli interlocutori di Monroe e di Pinkney, prima che il volta faccia imposto da pressioni politiche interne rendesse impossibile un accordo formale sul punto: cfr. HICKEY, *The Monroe-Pinkney Treaty*, cit., p. 75.

contro la Francia in caso di acquiescenza al decreto di Berlino da parte degli Stati Uniti; nota che, da sola, viene ritenuta sufficiente da parte del governo americano per giustificare il rigetto dell'accordo.

La risposta ufficiale del Regno Unito al blocco decretato da Napoleone non si fa attendere: con un decreto del 7 Gennaio 1807, adottato sotto forma di ordine proveniente dall'*His Majesty's Most Honourable Privy Council*, il governo britannico dichiara illegittimo il commercio dei neutrali con la Francia e i suoi alleati ⁽⁸⁰⁾.

La sorte del trattato a questo punto appare segnata. Due mesi dopo, il 6 Marzo 1807, David Erskine, rappresentante britannico a Washington, comunica che il progetto di Trattato è stato respinto dal Presidente a causa della mancata soluzione del problema dell'*impressment*, ma che è intenzione di Jefferson rimandare indietro la bozza di accordo, nella speranza di una felice conclusione della trattativa ⁽⁸¹⁾. Questo il testo della lettera che Erskine indirizza a Lord Howick, *foreign secretary* del governo britannico:

My Lord,

since I had closed my dispatches to your Lordship which accompany this, I have received by His Majesty's Packet Boat Manchester, which brought the January mail, your Lordship's dispatches of the 8th of that month, and a copy of a treaty of amity, navigation and commerce between Great Britain and the United States signed on the 31st of December by Lords Holland and

⁽⁸⁰⁾ Il testo del primo e più importante tra gli *Orders in Council* emanati in quel periodo fu redatto dallo stesso James Stephen. Cfr. G.E. SHERMAN, W. FAWKENER, H.B. MARET, S. COTTRELL, *Orders in Council and the Law of the Sea*, in « The American Journal of International Law », XVI (1922), pp. 561-584. Tale provvedimento fu aggravato da un secondo *Order in Council*, adottato l'11 Novembre del 1807, con il quale il Regno Unito dichiarò in stato di blocco la Francia, i suoi alleati e i domini coloniali francesi. Tutte le merci e i prodotti di tali territori, qualora non fossero stati commercializzati attraverso porti britannici, sarebbero stati passibili di confisca. Secondo Pinkney, tale provvedimento eleva la forza a unico criterio guida delle relazioni internazionali, facendo letteralmente a pezzi qualsiasi forma di *ius publicum europaeum* in tema di diritto di preda: « The British orders annihilate the whole public law of Europe relative to maritime prize, and substitute a sweeping system of condemnation and penalty in its place. The French decree produces no such change at all in that law. The last was no more than a legitimate, though possibly an ungracious, exercise of the right of local sovereignty; while the former can be referred only to force, and look for the scene of their operation to the ocean », citato da STOCKDER, *The Legality of the Blockades*, cit., p. 500.

⁽⁸¹⁾ Cfr. STEEL, *Impressment in the Monroe-Pinkney Negotiation*, cit., p. 362.

Auckland on the part of His Majesty, and Mr Monroe and Pinkney, on the part of this government. As the Senate were within a few hours of separating by the laws of the United States, which ordain the close of each Congress to take place by twelve o'clock at night of the 3rd of March, which was the day I received a copy of the treaty, I hurried with it immediately on my receiving it to Mr Madison, in hope that he would be induced to persuade the President, either to detain the Senate, which he had the power by the Constitution to do, or to give them notice that he should convene them again for the purpose of considering the treaty as early as the recently elected part of the Senate could be conveniently assembled. I am sorry to inform your Lordship that I had very soon reason to fear that the treaty was not as satisfactory to him as he had expressed his expectation that it would prove to be. The first question he asked was what had been determined on the point of impressment of seamen claimed as British out of American ships, and when I informed him that I had not perceived any thing that directly referred to that question in any articles of the copy of the treaty which I had received, he expressed the greatest astonishment and disappointment. After carefully going over the articles of the treaty, with which I thought he seemed in general pleased, he recurred again to the subject of impressment and told me that he did not think it would be possible to ratify the treaty without an article that should satisfactorily provide for that object. The note which was delivered in to the American commissioners, previous to the signature of the treaty by Lords Holland and Auckland, relative to Bonaparte's decree of the 21st November, particularly attracted his attention, and he observed that the note itself would have prevented, he was convinced, the ratification of the treaty, even if all the articles of it had been satisfactory, and all the points settled upon the terms that had been required by their commissioners. He requested me to leave the copy of the treaty with him to lay before the President, who was at the moment very unwell, but who would give it the earlier attention in his power. In the course of the evening of that day, the Senate having heard that the treaty had been received, sent a deputation of their house to the President to know whether he had any communications to make to them previous to their separation which would take place in a few hours, when the second session of the ninth Congress would terminate according to the laws of the Constitution. The President informed them that he had not and told some of the members of the Senate privately that he should not lay the treaty before them at all, expressing himself, as I have heard, in very warm terms of disapprobation on the subject. I waited upon the President the next day but did not see him as he was unwell. I had an interview with him this morning in the course of which he opened himself fully on the two points of his objections to the treaty which prevented his even offering it for the consideration of the Senate. He informed me that their commissioners had been expressly instructed to insist upon the point relative to impressment being settled on the basis that the American flag should protect the ships of the United States at sea from all impressment of seamen on any pretences and that it was to be made a *sine qua non*. He said that the note delivered by Lords Holland and Auckland to their commissioners previous to the signature of the treaty would render it impossible for the most popular administration to make the people satisfied with the ratification of any treaty so explained, and that the influence of Washington

himself would not have been sufficient to restrain the impatience of the people of the United States at the idea of being called upon for assurances of what they would do in the event of a gross insult and injury being offered to their country by any Power. The President seemed to feel this subject very warmly but expressed himself with great moderation, and declared that he entertained the most sincere hope that the explanation that must have been sent to England before this time of the intended operation of Bonaparte's decree, would render it quite unnecessary to bring the content of the above mentioned note again into discussion. He expressed great hopes that the American commissioners had already renewed their negotiations on the subject of impressment, as they had been instructed to do so two or three months ago, and he said he felt so fully persuaded that the result would be favourable, that he should certainly suspend the non-importation act until the meeting of the next Congress in December. From every thing that I have observed, I am convinced the treaty would be most favourably received if any satisfactory arrangement could be agreed upon relative to impressment, which is taken up in this country as a point of honour and feeling. But I do not think the present Administration (if any) would venture to conclude a treaty without some provision on that subject. When I first carried the copy of the treaty to Mr Madison, I informed him that I should not reveal its contents to any body unless he did so, and that the reason I brought it to him was merely that the President might be enabled to keep the Senate which was about to separate. The President, however, thought fit to communicate the heads of the treaty to some senators and others and to deliver the opinions concerning it which I have before stated ⁽⁸²⁾.

Del resto, già nella lettera del 3 febbraio 1807, Madison comunicava ai suoi assistenti che la piega presa dalle trattative era tale da suscitare « as much of regret as of disappointment ». Delusione che tocca il culmine quando il Segretario di Stato riceve il testo dell'*Order in Council* del 7 gennaio: da qualsiasi prospettiva lo si osservi, il provvedimento appare inaccettabile, nella misura in cui configura una violazione radicale dei più elementari principi dello *ius gentium*, legittimando una forma di rappresaglia indiscriminata contro il commercio degli Stati Uniti e dei neutrali in genere. Di più, si tratta di un atto di grande miopia politica, poiché con esso la Gran Bretagna rischia di perdere qualsiasi credibilità in ambito internazionale, non potendo più accreditarsi quale campione dei diritti e delle libertà contro il dispotismo napoleonico, secondo la vulgata tanto cara alla pubblicistica britannica ⁽⁸³⁾.

⁽⁸²⁾ Cfr. *Letter of David M. Erskine to Lord Howick, March 6, 1807*, in *Foreign Office Papers*, 5/52, *Public Record Office*.

⁽⁸³⁾ MADISON, *The Writings of James Madison*, cit., p. 405 e s.

Con questi presupposti, non c'è da stupirsi se il 20 Maggio del 1807 Madison rispedisce al mittente la bozza di trattato, precisando che « on these grounds, the President is constrained to decline any arrangement, formal or informal, which does not comprise a provision against impressments from American vessels on the high seas »⁽⁸⁴⁾. Ma non è solo l'*impressment* l'ostacolo decisivo per la conclusione dell'accordo, benché tale tema sia particolarmente rilevante, se non altro a livello emotivo, per ragioni evidenti di orgoglio nazionale e di rispetto della bandiera⁽⁸⁵⁾. Le stesse norme dedicate alla disciplina del *colonial trade* appaiono insoddisfacenti: in particolare, l'art. 11 deve essere rivisto in maniera sostanziale, eliminando ogni forma di restrizione imposta alla riesportazione dei prodotti coloniali, così come alla importazione di merci e prodotti all'interno dei mercati coloniali⁽⁸⁶⁾; l'art. 3, che circoscrive la legittimità del commercio americano con i domini britannici nelle Indie orientali al solo commercio diretto, deve essere ripensato in radice, nel senso di consentire ai mercanti americani in viaggio per l'India di effettuare tappe intermedie durante la lunga traversata, sostando e svolgendo attività commerciale nelle località portuali oltre il Capo di Buona Speranza; senza dimenticare il diritto di indennizzo per le spoliazioni successive al caso *Essex* e il problema del trattamento dei belligeranti.

Si è osservato come il giudizio della storiografia americana sul trattato *Monroe-Pinkney* sia tutt'altro che univoco: opinioni opposte si sono succedute nel tempo, da quella di chi ha ritenuto il rigetto del trattato pienamente comprensibile, poiché esso avrebbe tutt'al più gettato le premesse per una pace « nervosa », trasformando gli Stati Uniti in un satellite britannico; a quella di chi ha giudicato disastroso il rifiuto di ratificarlo, ritenendo tale trattato per certi versi addirittura migliore del *Jay Treaty*⁽⁸⁷⁾. A conti fatti, gli Stati Uniti rinunciavano alla rappresaglia commerciale, alla dottrina *free ship-free goods*, e accettavano talune restrizioni nel commercio con le Indie orientali; a fronte di tali sacrifici, vedevano garantito il diritto

(84) Ivi, p. 421.

(85) Ivi, p. 415 e ss.

(86) Ivi, p. 422.

(87) Cfr. HICKEY, *The Monroe-Pinkney Treaty*, cit., p. 66 e ss.

alla ri-esportazione, riconosciuta una estensione del limite delle acque territoriali, e ottenevano una modifica in senso restrittivo della disciplina del contrabbando. Tuttavia, complice il clima politico avvelenato, che di certo non contribuisce a ridimensionare l'innata diffidenza di Jefferson nei confronti della Gran Bretagna ⁽⁸⁸⁾, il Presidente tergiversa e infine decide di non inviare il testo dell'accordo in Senato per la necessaria ratifica.

Finché l'affare *Chesapeake*, nella primavera di quello stesso anno, fa definitivamente naufragare ogni possibilità di raggiungere un compromesso.

Di che si tratta?

Il 7 Marzo del 1807 alcuni marinai abbandonano la nave da guerra britannica *Halifax*, in rada a Norfolk, in Virginia, e chiedono di essere registrati nell'equipaggio della fregata americana *Chesapeake* ⁽⁸⁹⁾. Tra questi vi è un inglese, di nome Ratford, che si fa registrare sulla *Chesapeake*, con il nome di Wilson. Questo incidente, insieme ad altre diserzioni avvenute su navi inglesi presenti nella Baia di Chesapeake, vengono comunicate all'ammiraglio Berkeley, comandante della *Halifax*. Costui, senza attendere l'autorizzazione del governo britannico, il 7 Giugno del 1807 emana un ordine indirizzato a tutte le navi sotto il suo comando, con il quale segnala che disertori provenienti da sette navi britanniche sono stati arruolati sulla *Chesapeake*, e che ciò è avvenuto sfacciatamente, poiché essi « openly paraded the streets of Norfolk in sight of their officers, under the American flag, protected by the Magistrate of the town, and recruiting officer belonging to the above mentioned frigates...which refused to give them up although demanded by His Britannic Majesty's Consul » ⁽⁹⁰⁾. Conseguentemente, ordina a tutti gli ufficiali sotto il suo comando, qualora si fossero imbattuti nella fregata *Chesapeake* al di fuori delle acque territoriali americane, di mostrare tale provvedimento richiedendo di poter ispezionare la nave in cerca dei disertori. Il 22 Giugno il vascello *Leopard*, coman-

⁽⁸⁸⁾ Cfr. *ivi*, p. 85 e s.

⁽⁸⁹⁾ Un racconto dettagliato dell'affare *Chesapeake* si può leggere in ZIMMERMAN, *Impressment of American Seamen*, cit., p. 135 e ss., nonché in MALONE, *Jefferson the President*, cit., p. 415 e ss.

⁽⁹⁰⁾ Cfr. ZIMMERMAN, *Impressment of American Seamen*, cit., p. 136.

dato dal capitano Humphreys, incontra la *Chesapeake* dieci miglia al largo della costa di Cape Henry e tenta di eseguire l'ordine ricevuto dall'ammiraglio Berkeley. Ne segue uno scontro a fuoco, durante il quale tre uomini della *Chesapeake* restano uccisi e altri diciotto sono feriti gravemente. La fregata americana subisce infine un abbordaggio e il prelevamento di quattro uomini, un inglese e tre americani. Costoro vengono condotti sulla *Halifax*, dove l'inglese viene impiccato e i tre americani sono messi agli arresti.

L'incidente, unico nel suo genere, poiché si trattava di un caso di *impressment* attuato su nave non mercantile, fu interpretato come un vero e proprio atto di guerra, ed esasperò l'opinione pubblica americana, nella quale i sentimenti anti-inglesi raggiunsero un livello mai così acceso dai giorni ormai lontani della Rivoluzione. Il 2 Luglio, Jefferson ordinò a tutte le navi britanniche presenti di abbandonare le acque territoriali americane e comunicò a Monroe le iniziative da intraprendere presso il governo inglese. Una adeguata riparazione avrebbe richiesto la restituzione di tutti i marinai, la punizione del comandante della *Leopard* e la rinuncia a qualsiasi forma di *impressment*. Come si vede, il governo americano coglieva la palla al balzo per mettere alla berlina l'*impressment* in quanto tale, senza distinguere le ipotesi in cui tale pratica veniva esercitata nei confronti delle navi mercantili da quelle in cui invece l'*impressment* avveniva nei confronti di una nave da guerra.

Per sovrappiù, a conferma della tensione crescente nei rapporti tra i due Paesi, il 16 Ottobre del 1807 venne emanato un proclama reale, con il quale si ordinava a tutti i marinai inglesi impegnati su navi straniere di abbandonare il servizio, e a tutti gli ufficiali della *Royal Navy* « to stop and make stay » tutti i sudditi britannici in servizio presso Stati stranieri e « to seize and take away » tutti quelli in servizio su navi mercantili straniere. Si precisava infine che nessuna lettera di naturalizzazione o certificato di cittadinanza poteva valere per esentare i sudditi britannici dai loro obblighi verso la Corona.

Ormai ogni possibilità di accordo era definitivamente naufragata. Gli Stati Uniti, come già abbiamo visto, risponderanno con l'*Embargo Act*, ovvero con l'ennesima rappresaglia di carattere commerciale. In un *climax* inarrestabile, il cui esito finale sarà rappresentato dal conflitto del 1812.

AGUSTÍN E. CASAGRANDE

THE CONCEPT OF *ESTADO DE DERECHO*
IN THE HISTORY
OF ARGENTINEAN CONSTITUTIONALISM
(1860-2015)

1. Between Law and History: The Problematic Concept of *Estado de Derecho*. — 2. From Traditional Dogmatic History to the Conceptual History of *Estado de Derecho*. — 2.1. From the American to the Argentinean Tradition: Republic and Liberalism. — 2.2. The Catholic *Staat* and the Critical Reception of the *Estado de Derecho*. — 2.3. The *Estado de Derecho* under the Legal Positivism and American Political Science: 1955-1983. — 2.4. The Limits of Dogmatic Positivism: Human Rights and Democracy (1983-2015). — 3. Conceptual History and the Language of Constitutionalism in Argentina.

1. *Between Law and History: The Problematic Concept of Estado de Derecho.*

This essay is a response to a feeling of disquiet that arises out of the diverse uses that the concept of *Estado de Derecho* presents in contemporary Argentina. It is easy to recognize this uneasiness whenever one comes across an article in a law journal or reads a daily newspaper. There is a tendency to use this concept as a means of justifying or criticizing various administration measures, court judgments, or even juridical opinions. It is clear that in this respect, what is happening in Argentina is happening all over the world, and its cause is that the concept has such a positive connotation that no one (neither politicians, nor jurists) would even dare say that their decisions are made against the *Estado de Derecho-Rechtsstaat* or rule of law ⁽¹⁾. If we analyze the performativity of this topic from the

⁽¹⁾ H. MOHNHAUPT, *Zur Geschichte des Rechtsstaats in Deutschland. Begriff und Funktion eines schwierigen Verfassungsprinzips*, in « Acta Facultatis Politico-iuridicae »,

perspective of rhetoric, we clearly see that the mere mention of this term within the context of the discourse automatically recalls several positive associations. In other words, once the phrase is invoked, the whole argumentation quickly falls away in order to pay tribute to this emotionally loaded concept. The concept is self-immunizing and can be used as a means of closing off all forms of argumentation. This characteristic could explain the inflationary use of this *topos* as well as the consequent liquation of its meaning in the present ⁽²⁾.

For a jurist, this is even more problematic because there is a tendency to define this concept by using some typical positivist or dogmatic strategies. Therefore, it is quite common to find definitions of *Estado de Derecho* as *imperio de la ley*; colloquially speaking, this means that if there is a law or a court decision — regardless of the content — the administration must follow it. Within the logic of juridical thought (more practical than theoretical), this « learned by heart » understanding works perfectly. On the one hand, judging the measure would only seem to require that a jurist compare the law with the jurisdictional decision. On the other, it closes off the question concerning the political meaning of the concept and its historicity.

For a Spanish-speaking jurist, however, the problem is much more difficult. If we take a closer look not at the form of the argument but at the concepts themselves, things become blurry. What does *imperio de la ley* mean? It has been translated as « rule of law » by some constitutionalists, but for others, the meaning is *principio de legalidad* (*Herrschaft des Gesetzes*). The trivial use of the term is not only disconnected from historical and political thinking, it is clear that it also flattens out the density of diverse legal traditions in this particular way of circular thinking: *Estado de Derecho* is *imperio de la ley*, and the latter means *principio de legalidad*.

XXXIV (1994), p. 42; M.-J. REDOR, *De L'État légal a L'État de droit. L'Évolution des Conceptions de la Doctrine Publiciste Français 1789-1914*, Paris, ed. Economica, 1992, p. 8.

⁽²⁾ G. FRANKENBERG, *Staatstechnik. Perspektiven auf Rechtsstaat und Ausnahmestand*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2010, pp. 70-73; *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, P. Costa & D. Zolo (ed.), Milano, Giangiacomo Feltrinelli, 2002, pp. 5-15.

Paradoxically, all of them can be translated into English as « rule of law » [!?] (3).

However, despite the diverse rhetorical employments, the dogmatic reduction of the semantic field, and the complexities of translating the concept, some historical experiences present limits to the pragmatic use of the concept. For example, recently — May 3rd, 2017 — the Supreme Court approved a reduction of Luis Muiña's sentence, who had been found guilty of crimes against humanity during the last dictatorship (1976-1983). In the judgment, several judges referred to the defense of the *Estado de Derecho* as a key argument to support their decision (4). However, this use of the concept to justify that measure was considered controversial. Not only did jurists publish critical articles in a variety of journals, but several popular demonstrations took place throughout the country, most prominently in the historical Plaza de Mayo. In this context, only a few individuals approved of the use of *Estado de Derecho* to benefit a man convicted of perpetrating crimes against humanity (5).

This episode shows that the dogmatic reduction of the concept's meaning runs up against some limits when it is used within the context of particular political experiences. It also proves that in contemporary Argentina the link between *Estado de Derecho* and human rights is very strong, and therefore, it would be contradictory to appeal to one to more or less deny the other. Finally, as we can observe from the aforementioned case, some symbols and emotions are intrinsically connected with the history of this concept.

Against the background of this tension between trivial dogmatic reduction and the emotiveness evoked by *Estado de Derecho*, several questions arise: When was the concept first used in the Argentinean legal language? To which legal tradition is the concept connected? Is it connected with the German concept of *Rechtsstaat*,

(3) B. CLAVERO, *Happy Constitution. Cultura y lengua constitucionales*, Madrid, Trotta, 1997.

(4) CSJ 1574/2014/RHl. Bignone, Reynaldo Benito Antonio y otro s/ recurso extraordinario.

(5) The traditional newspaper *La Nación*, however, published an editorial entitled *El Estado de derecho*, which tried to justify the Supreme Court's decision. See: <http://www.lanacion.com.ar/2021842-el-estado-de-derecho>.

with the Anglo-Saxon « rule of law », or is it a combination of diverse legal traditions? And last but not least: What kinds of historical meanings, emotive figures, and symbols were attached to this concept in the various Argentinean contexts?

To answer these questions adequately, and given the wide range of uses of the concept, the focus of this contribution will be on the field of constitutional law since, as Mohnhaupt has stated, we are confronted with « ein schwieriges Verfassungsprinzip » (6). To this end, the sources used to analyze this complex concept include juridical discourses founded in the diverse constitutional manuals, treaties, and legal journals. Moreover, a selection of Supreme Court judgments will be analyzed in order to assess the impact of this « dogmatic » concept in the pragmatic world of judicial decisions.

If the current research is able to uncover the diverse meanings, changes, and ways of dealing with the topic of *Estado de Derecho* throughout Argentinean legal history, a radical question about the socio-historical conditions regarding the possibility of appealing to this concept in the present day and age will naturally come into view. Therefore, by means of a historical analysis, the traditional dogmatic definition could be suspended or even challenged.

2. *From Traditional Dogmatic History to the Conceptual History of Estado de Derecho.*

Before beginning with the history of the concept of *Estado de Derecho* in Argentina, it is important to remark that legal historians are mainly interested in the thematization and historicization of legal traditions (7). This specific question distinguishes their work from the narrative of constitutional jurists. From the perspective of legal history, the uses of the past in constitutional history are seen as ways of legitimizing the present and, therefore, a reconstruction generated

(6) MOHNHAUPT, *Zur Geschichte des Rechtsstaats*, cit., p. 39.

(7) In this case, the historicization of a tradition supposes the historical description of a social process of selection of those discourses that are apprehensible as sources of authority in the field of law. The premises of Leclerc are followed. See: G. LECLERC, *Histoire de la vérité et généalogie de l'autorité*, in « Cahiers internationaux de sociologie », 111 (2001), 2, pp. 205-231.

from the very core of the tradition. In contrast, legal historians are interested in describing how this legal tradition was constructed and its effects on the way the law is conceived and applied. As such, I claim that the historical reconstructions provided in constitutional textbooks are not trustworthy.

In fact, in the dogmatic history written by jurists, the concept of *Estado de Derecho* constitutes a blind spot of sorts, which more or less represents an indefinite ideal. These authors understand the category in terms of an *atemporal* idea. The consequence of this presupposition within the discourse is that the diverse historical meanings are effectively erased. Therefore, a unique meaning, defined abstractly in the present, is used to suggest a common « inspiration » shared by jurists at different times and in different spaces ⁽⁸⁾. This means that the concept is often used as a meta-category to carry out an anachronistic judgment of the past experience. Beyond the flattening of historical experience, the side effect of this operation is a mystification of the present from which the « evolution » of constitutional thought in society can be — teleologically — narrated and justified.

This way of proceeding, devoid any historical-conceptual awareness, also permits the exclusion of diverse traditions from the historical narrative. Some past experiences are neglected (sometimes intentionally) by authors who construct a history of constitutional thought as a form of retrospective dogmatism. Hence, against the evolutionary linearity, it is necessary to look for the different logics that guided how public law was conceived in different historical periods.

With this in mind, it becomes important to engage in a history of the formation of the languages — and prejudices — of constitutionalism. Only by analyzing the genealogy and the internal logic of constitutional language is it possible to observe the diversity of meanings subsumed under the concept ⁽⁹⁾.

⁽⁸⁾ Q. SKINNER, *Meaning and Understanding in the History of Ideas*, in « History and Theory », 8 (1969), 1, pp. 3-53. As an example of these « mythological » operations see: M.J. LÓPEZ, *Manual de Derecho Político*, Buenos Aires, Depalma, 2001, pp. 363-370.

⁽⁹⁾ The critique of « the history of ideas », as it is exercised in the juridical field, admits a dislocation when one observes the conceptual problems in the field of language.

2.1. *From the American to the Argentinean Tradition: Republic and Liberalism.*

One way of suspending the mythological narrative of the temporal ubiquitousness of the *idea* of *Estado de Derecho* is simply by asking when this term first appeared in the language of Argentinean constitutionalism. Now, if we analyze the language of constitutionalism of the 19th and the early 20th centuries, paying special attention to the word-concept *Estado de Derecho*, we come up empty. In this sense, if *Rechtsstaat* was one of the keywords of the liberal tradition in Germany during the 19th century, in Argentina the central concept, which also served as a *Leitbegriff* within the illustrated conceptuality of that period, was « republic »⁽¹⁰⁾. This difference would not only form and structure the language but it also influenced the creation of a particular tradition of how the relationship between law and politics should be understood⁽¹¹⁾.

In this sense, a debt is expressed here with the work of Elias Palti. See: E. PALTÍ, *The 'Theoretical Revolution' in intellectual history: from the history of political ideas to the history of political languages*, in « History and Theory », 53 (2014), pp. 387-405.

⁽¹⁰⁾ The *Rechtsstaat* is a creation of the German legal theory which afterwards was spread all over Europe during the first half of 20th century (M. FIORAVANTI, *Los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2007, p. 112). The formation of the concept had diverse manifestations through its development in Germany, nevertheless in its origins in the German *Aufklärung*, worked as a counter-concept of the *Polizeistaat*, and thus as a limitation against the intervention of the Administration in the private sphere of the citizens. Under this dynamic it developed a series of requirements which were formalized in the limitation of the governmental power by the *Herrschaft of Gesetz*, « administrative justice », « division of powers », « independence of the judge », « judicial form ». Despite all these characteristics were developed through diverse authors during the 19th century, just for the sake of the argument, and recognizing its critical approach, it is quite interest to read the summary made by the Carl Schmitt in his *Verfassungslehre* of 1928. See: R. KOSELLECK, *Liberales Geschichtsdenken*, in ID., *Vom Sinn und Unsinn der Geschichte*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2014; E.W. BÖCKENFÖRDE, *Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs*, in ID., *Recht, Staat, Freiheit*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1991; *Figures de l'État de droit. Le Rechtsstaat dans l'histoire intellectuelle et constitutionnelle de l'Allemagne*, O. Jouanjan (dir.), Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2001; M. STOLLEIS, *La idea de Estado de Derecho*, in *La metamorfosis del Estado y del Derecho*, M.A. Presno Linares (ed.), Oviedo, Junta General del Principado de Asturias, 2014.

⁽¹¹⁾ The rejection of German culture in the formative scheme of the Argentine constitutional language had linguistic reasons but also negative views on the logic of the

When the language of Argentinean constitutionalism was first established (1866-1875), many authors conceived the Constitution as a replica of the American model⁽¹²⁾. During this early period, the authors understood the balance of powers as well as the republican and representative government as a response against the arbitrariness of despotic rulers. Examples of this contradiction can be found throughout history, from ancient Rome up to more recent North America; however, this historical reconstruction was not a particular historiographical exercise Argentinean jurists engaged in. To the contrary, the incorporation of historical records to justify the « republic » as the goal of constitutionalism was primarily carried out along the lines of the narration of American publicists⁽¹³⁾. Within the context of this appropriation of the past, the aim of the Constitution was in fact to establish a complete network of liberal premises and control devices to protect the rights of the individual against arbitrary treatment.

In this new textual space, the term « republic » would no longer be used as a concept of political identity to fight against the monarchy, as it appeared in the documents of the first half of the 19th century⁽¹⁴⁾. Instead, it primarily functioned as a desirable « form of government » to prevent « tyranny »⁽¹⁵⁾. The progressive

state. For a general study see: V. TAU ANZOÁTEGUI, *La influencia alemana en el derecho argentino: Un programa para su estudio histórico*, in « Jahrbuch für Geschichte Lateinamerikas », 25 (1988), p. 611. The vision of the State as an anti-liberal machine that nullifies personality can be found in: F. GONZÁLEZ, *Lecciones de derecho constitucional*, México, Librería de la Vda. De Ch. Bouret, 1909 [1866], p. 346.

⁽¹²⁾ E. ZIMMERMANN, *Translations of the 'American Model' in Nineteenth Century Argentina: Constitutional Culture as a Global Legal Entanglement*, in *Entanglements in Legal History: Conceptual Approaches*, Th. Duve (ed.), Frankfurt am Main, Max Planck Institut, 2014. Open Access Publication, <http://dx.doi.org/10.12946/gplh1>. The conception of a Constitution as a written piece was a radical turn in comparison with the old sense of constitution as way of being of a political body. On this radical change see: P. SCHIERA, *El constitucionalismo como discurso político*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2012.

⁽¹³⁾ This can be found especially in GONZÁLEZ, *Lecciones...*, cit., pp. 280-281.

⁽¹⁴⁾ G. DI MEGLIO, *República, in Lenguaje y revolución: conceptos políticos clave en el Río de la Plata, 1780-1850*, N. Goldman (ed.), Buenos Aires, Prometeo, 2008.

⁽¹⁵⁾ For this new meaning, the debate between Alberdi and Sarmiento is foundational. This topic was reconstructed in the classic book by N. BOTANA, *La*

change in meaning of the term republic also represented an inversion in the performativity of the concept. It no longer served as a *Kampfbegriff* but rather as an objective and normative concept ⁽¹⁶⁾. In the language of constitutionalism, the semantic field of « republic » was renewed and fulfilled with several juridical institutions, which at the same time, were immediately legitimized by the concept's positive emotivity. Among these new political institutions were the division of power, representation, fundamental rights, judicial control, etc.

Now, in order to grasp the rapid spread of this new concept among scholars, the role played by university lectures and manuals should not be overestimated ⁽¹⁷⁾. In those texts, the argument in favor of desiring the limitation of governmental power was the release of the productive forces of individuals. However, in order to achieve this, individuals required not only the recognition of fundamental rights but also needed instruments for their protection. This argument was consistent with the paradigm of political economy, which conceived of the society as a depoliticized group of indivi-

tradición republicana: Alberdi, Sarmiento y las ideas políticas de su tiempo, Buenos Aires, Edhasa, 2013.

⁽¹⁶⁾ Both tendencies would generate a progressive de-politicization of the concept. On this process, see: K. PALONEN, *Politik als Handlungsbegriff. Horizontwandel des Politikbegriffs in Deutschland 1890-1933*, Helsinki, Societas Scientiarum Fennica, 1985.

⁽¹⁷⁾ This literary genre would act as a vehicle for the formation and incorporation of the language of constitutionalism among lawyers. In those texts, the thin line that divided the waters of law, politics, and historiography was rather inexistent. Probably, this was also an effect of the conditions of production of this new discursivity, especially owing to the *orality* which characterized the early development of this particular language. In fact, most of these « Manuales » were adaptations approved by the authors of the notes taken by students who attended their classes. For a theoretical contribution to the topic see: C. PETIT, *Discurso sobre el discurso. Oralidad y escritura en la cultura jurídica de la España liberal*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2014, esp. pp. 59 and 65. For a history of the teaching of constitutional law in Argentina: H. TANZI, *La enseñanza del Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de Buenos Aires*, in « Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho », 9 (2011), 17, pp. 85-112.

duals acting in a self-regulative market without interference by the « government »⁽¹⁸⁾.

Nonetheless, the normative role of the concept and the parallel de-politicization of subjects would require a strategy to integrate the individuals in a common political space. The idea of a nation made its entrance as a cohesive concept; one employed to reunify the lost sense of community and collective identity — sentiments which had been a part of the concept of republic until the 1850. Nonetheless, the incorporation of the nation as a central concept not only provided a mythical unification of citizens but, as a side effect, it also changed the narrative about the origins of the Argentinean Constitution⁽¹⁹⁾. Starting in 1875, and primarily thanks to the work of the liberal Catholic José Manuel Estrada, the idea of drafting a Constitution of their own — one no longer assimilated to the American one — was very prevalent amongst scholars. From this period onward, the Constitution was no longer grasped in terms of an adaptation of a foreign experience, but rather as a product of the history of their own nation's freedom⁽²⁰⁾.

The aspiration to have one's own Constitution was forced to deal with the problematic lack of a solid Argentinean constitutional doctrine. In order to fill this void, history was regarded as a means for interpreting the constitution. And from that time on, the interpretation of constitutional law was provided by constitutional his-

(18) J.M. PORTILLO VALDÉS, *Entre la historia y la economía política: orígenes de la cultura del constitucionalismo*, in *Historia y Constitución. Trayectos del constitucionalismo hispano*, C. Garriga (ed.), México, Instituto de Investigaciones Dr. José María Luis Mora, 2010.

(19) E. PALTÍ, *El momento romántico. Nación, historia y lenguajes políticos en la Argentina del siglo XIX*, Buenos Aires, Eudeba, 2009, p. 26.

(20) The nation was also conceived as the actor of the constitutional movement. As Joaquín V. González stated speaking of the constitutional history: « Hemos visto en el capítulo anterior cómo nació, se desarrolló y formó su Constitución la Nación a que pertenecemos los argentinos ». The nation would be the actor of the history and the individuals suddenly would be determined as « Argentinos » (J.V. GONZÁLEZ, *Manual de la constitución Argentina*, Buenos Aires, Ángel Estrada y C., 1897, p. 78). The culmination of this process of nationalization of the constitutional language can be seen in the declaration of the « Argentinity of the Constitution », on this topic: M.R. POLOTTO, *La Argentinidad de la constitución. Nuevos enfoques para el estudio de nuestra carta magna a principios del siglo XX (1901-1930)*, in « Revista de Historia del Derecho », 37 (2004).

tory ⁽²¹⁾. In this second stage, albeit still linguistically linked to American conceptuality, scholars thought that constitutional controversies could be better explained and solved by looking to Argentinean history and, in particular, national characteristics ⁽²²⁾. One consequence of this operationalization of history, belonging to legal interpretation, was that the language of historiography would be also influenced by constitutional grammar. Thus, the concepts of liberal constitutionalism were anachronistically presented as somehow belonging to the intentions of the forefathers of the Argentinean nation. In other words, the naturalization of this new conceptuality was achieved by means of a legitimization process made at the intersection of constitutionalism and historiography.

In this renewed « historical-national » narrative of constitutionalism, the concept of republic found a counter-model in the *Caudillo* (described as a popular figure who led a large mob and who represented the Argentinean ideal-type of personal « tyranny-dictatorship ») ⁽²³⁾. Certainly, for Argentinean jurists of the early 20th century, to speak about the Constitution was akin to speaking about a project designed to limit the natural impulses of the native spirit in order to protect against the historical tendency of men to fall into the despotism of a *Caudillo* or a leader. As a consequence of this narrative, a strong mistrust against the « multitude » developed and led to the eventual rejection of universal democracy. So, during the late 19th and in the first decades of the 20th century, the concept of republic served as a way of not only protecting individuals against

⁽²¹⁾ J.C. CHIARAMONTE, *El mito de los orígenes en la historiografía latinoamericana*, Cuadernos del Instituto Ravignani 2, Buenos Aires, Ed. Instituto de Historia Argentina y Americana « Dr. Emilio Ravignani », 1991, pp. 31-32.

⁽²²⁾ For example, J.V. González stated that: « Para no extraviarnos en teorías y ambiguas interpretaciones, es necesario, en primer lugar, entrar en su estudio [el de la constitución] con amor y respeto, porque es la obra de muchos sacrificios de nuestros antepasados, y es la ley suprema de la Nación [...] recírrase, entonces, a las fuentes más directas, a las doctrinas más relacionadas con sus principios, a los orígenes históricos y jurídicos... », GONZÁLEZ, *Manual...*, cit., pp. 17-18.

⁽²³⁾ See, for example: M.A. MONTES DE OCA, *Lecciones de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Tipo-Litografía « La Buenos Aires », 1917, p. 46; J.A. GONZÁLEZ CALDERÓN, *Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, J. Lajouane & Cia, 1930, T. I., p. 109.

dictators but also individuals from the masses (24). This limitation went on to become a fundamental feature of the dark side of the republic.

This new pragmatic use of the concept can be seen in the legal interpretation of the « form of government » provided by the historical explanation within the text of the constitution. To accomplish this, the concept of republic underwent a transformation in the way in which « people » were represented (25). On the one hand, the limitation of practicing politics outside the institutional apparatus was key to fulfilling the idea of a moderated government (26). On the other hand, constitutionalists reclaim a political patronage of the masses. As they see it, the government of educated men would avoid the intromission of masses inside the « machinery of the State », which would lead to « despotism » (27). According to the constitutionalist narrative, the brutality of the so-called Rosas's *tyranny* will remain a threat to the ideal of the republic (*República verdadera*), which — in accordance with the 19th century paradigm of progress — can only be accomplished in the future (28).

(24) The figure of the « mass » formed a key topic of Argentine positivism, which was intersected in the constitutional narrative. There would be a long history of the Argentinean crowd inspired by Ramos Mejía, reading Le Bon, which synthesized the leader's formula — « *meneur* » — that would be followed by an ignorant crowd easy to manipulate. O. TERÁN, *Positivismo y nación en la Argentina*, Buenos Aires, Puntosur, 1987, pp. 21-26.

(25) See, especially: MONTES DE OCA, *Lecciones*, cit., p. 81 ff.

(26) For González Calderón, the representation could only be understood by analyzing the art. 22° which stated, « el pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes »; after this principle, the republic meant the way of organizing those authorities created by the Constitution (GONZÁLEZ CALDERÓN, *Derecho...*, cit., p. 425 ff.).

(27) The defense of republican individualism was exercised not only with the *caudillismo* but also against « the State », characterized as a machine, according to the classical metaphor of the XVII century. This also explains the rejection of the German public law discourse, which was structured under the figure of the State. See: J.B. ALBERDI, *La omnipotencia del Estado es la negación de la libertad individual* (1880), in Id., *Obras Selectas*, Buenos Aires, La Facultad, 1920; J.M. ESTRADA, *Curso de derecho constitucional*, Tomo I, in Id., *Obras Completas de José Manuel Estrada*, T. VI, Buenos Aires, ed. Científica y Literaria Argentina, 1927, p. 124 ff.

(28) Hence, the Janus face of the constitution, which was presented as learning from the past and as a limit to the repeatability of that undesirable experience. For

The characteristic of the republic, shifted by the concept of representation, meant a restriction of the universal vote ⁽²⁹⁾. Only once economic prosperity reached the shores of Argentina (for the liberalism of Alberdi), or once the evolution of the society reached a certain point of development (Spencerian positivism), would the people be capable of participating in politics. Until one of these conditions is fulfilled, only a selected group of people can guide the project of a contemporary and unfinished republic (*República Posible*). In short, the dark side of the republic was the denial of democracy and the consolidation of a conservative order ⁽³⁰⁾. Thus, the connection between republic and representation served as a means of exclusion, leaving the reformation of the nation in the hands of the elite ⁽³¹⁾.

Both the liberal-republican discourse and the nation's paradigm — with its regimes of temporality, methodologies, and political presuppositions — were eventually consolidated into the Argentine constitutional tradition, which remains latent in the legal field of nascent public law.

The success of the naturalization of tradition influences the possibility/impossibility of receiving concepts not already produced by this language. This effect of meaning configures the translation process of a concept belonging to another semiotic space in the language created by « tradition ». With an autopoiesis that presupposes the closing off of the juridical language in the name of

example, in the analysis of the article 29° of 1853-60 Constitution, Agustín de Vedia, stated: « Esta disposición es como una protesta que se levanta del fondo de la historia. La Nación se constituía apenas derribada una tiranía que había durado más de veinte años [...] debía pensarse en poner freno a los avances de esos caudillejos arbitrarios creados en la escuela de la barbarie y el despotismo » (A. DE VEDIA, *Constitución Argentina*, Buenos Aires, Coni-Hermanos, 1907, p. 128).

⁽²⁹⁾ Despite several jurists stated that Republic was the government for the people and by the people, it seems to the that it was better to recognize that the government would only work when the citizenship « confía su ejercicio a un número proporcional y libremente designado de los mismos, que deben reunir cualidades especiales calculadas para hacer posible la dirección, régimen, seguridad y prosperidad de los negocios comunes (res publica) ». GONZÁLEZ, *Manual...*, cit., p. 285 ff.

⁽³⁰⁾ N. BOTANA, *El orden conservador. La política argentina entre 1880 y 1916*, Buenos Aires, Edhasa, 2012.

⁽³¹⁾ O. TERÁN, *La tradición liberal*, in « Punto de Vista », 50 (1994), p. 28.

security for the user, the possibility of opening the semiotic system of an established tradition requires a process of internal crisis that, in the case of the constitutional language, became manifest towards the end of the 1920s. At that time, adaptation or radical critique of the liberal tradition was one of the jurists' possibilities for opening the door to the process of receiving a new conceptuality. This new field of knowledge was further developed through a radical debate on what jurists themselves would call the « crisis of law ».

2.2. *The Catholic Staat and the Critical Reception of the Estado de Derecho.*

The historical determination of the nation and the devices created to control and regenerate the society, in order to achieve an « ideal Republic », proved to be insufficient in dealing with new social movements, which radically demanded their participation in politics. This situation was later aggravated by the immigration process, which doubled the country's population in just a few years. This influx brought with it European experiences and impulses, both in terms of culture and political demands. The limits of liberalism and positivism, linked with the prejudice of conservatism against politics, became evident when intellectuals had to deal with mass democracy, especially once the male universal vote was declared in 1912. The growing influence of political leadership, political parties, and politics in the streets started to erode the liberal-positivist system. All these problems were an expression of the inability of the vernacular constitutional republicanist language to grapple with the conflicts and paradoxes of mass democracy. The critical point was involved the ambivalence of the concept of republic versus the concept of democracy ⁽³²⁾.

In fact, the internal tensions within the political model of Argentinean secular positivist liberalism quickly provoked a reaction that manifested itself in a complex nationalist movement with strong anti-liberal and anti-individualist characters. This movement pro-

⁽³²⁾ This can be found in the conceptual discussions that the anti-liberal nationalist Catholics would carry out from the magazine « La nueva República ». See: M. I. BARBERO, F. DEVOTO, *Los nacionalistas*, Buenos Aires, CEAL, 1983, pp. 79, 80, 99-103.

posed a hierarchical model of order — if not also corporatist — that eventually came to being in the 1930 coup d'état ⁽³³⁾. Both this political movement and historical event are factors that influenced during that time the formation of legal thought and above all of constitutional thought.

Yet, in order to understand the indispensable relationship between constitutional discourse and political events, one must look at the legal method adopted at each historical moment, which is also a condition for the possibility of observing the connection between the historical-political context and legal language. Indeed, the crisis of liberalism, which in Argentina began to weigh heavily on intellectuals towards the end of the nineteenth century, gave rise to a radical criticism of the episteme of constitutional law, which had been shielded by the historical resource of the liberal and positivist paradigm. The decadent perception of the idea of liberal progress served here as the fertile grounds for the development of a debate within the legal field, which in connection with nationalism — particularly Catholic — revitalized the political dimension of law ⁽³⁴⁾. In this particular field, the methodological debate functioned as a wedge for radical change in constitutional discursiveness, and in turn, it motivated the intention of political intervention through the reform of the electoral law or a constitutional reform ⁽³⁵⁾.

After the perceived « crisis of law » ⁽³⁶⁾ in Argentina in the 1930s, a true *Methodenstreit* occurred between Kelsen's nomological

⁽³³⁾ For a general context of this event see: *Crisis económica, avance del Estado e incertidumbre política (1930-1943)*, A. Cattaruzza (ed.), Buenos Aires, Sudamericana, 2001. For the Catholic nationalism: F. DEVOTO, *Nacionalismo, Fascismo y tradicionalismo en la Argentina Moderna. Una historia*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2002.

⁽³⁴⁾ J. DOTTI, *Carl Schmitt en Argentina*, Rosario, Homo Sapiens, 2000, pp. 13-25.

⁽³⁵⁾ G. FRONTERA, *La Reforma Constitucional como objetivo de la Revolución de 1930*, in « Revista de Historia del Derecho », 23 (1995).

⁽³⁶⁾ M.R. PUGLIESE, *La denominada "crisis del derecho" desde la perspectiva argentina durante el período de entre guerras mundiales (1920-1940)*; A. ARAGONES, *Crisis del derecho privado y legislación especial en Francia y en Argentina*, both in *Derecho privado y modernización. America Latina y Europa en la primera mitad del siglo XX*, María Rosario Polotto, Thorsten Keiser, Thomas Duve (eds.), Frankfurt am Main, Max Planck Institut, 2015.

positivism, which asked about the logical condition of the *sollen*, and neo-Thomism, which postulated the need for considering the « common good » as a presupposition for interpreting law in modern society ⁽³⁷⁾. This debate highlighted the methodological crisis of the evolutionary-historical point of view and its inability to deal with the moral and ethical problem posed by the political crisis unleashed after the First World War ⁽³⁸⁾. This perception subverted the temporal regime of constitutional thought. On the one hand, it suspended any recourse to the past (constitutional history) as a sufficient *explanans* in resolving political-constitutional problems. On the other hand, it turned its gaze to the present and, in comparative terms, reflected on the new trends within constitutional law (especially in Europe) ⁽³⁹⁾.

One of the consequences of the opening up to Europe, and the perception that the acceleration of social changes resulted in a legal crisis, was reflected in the conditions of textual production responding to the social demand for justice. At this time, legal journals became the privileged space for the inscription of the methodolo-

⁽³⁷⁾ TAU ANZOÁTEGUI, *La influencia*, cit., p. 626; ID., *El Derecho: cruce de miradas y tendencias*, in *Antología del pensamiento jurídico argentino (1901-1945)*, Id. (Coord.), Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2007, pp. 33, 43. The greatest representative of neo-Thomism was Tomás D. Casares, who influenced an entire generation of Catholic intellectuals in the legal field.

⁽³⁸⁾ O. TERÁN, *Vida intelectual en el Buenos Aires de fin-de-siglo (1880-1910)*. *Derivas de la "cultura científica"*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 186; J. DOTI, *Las hermanas-enemigas. Ciencia y ética en el positivismo del Centenario*, Las Velas del Texto, Buenos Aires, Las Cuarenta, 2005, pp. 67-104.

⁽³⁹⁾ In constitutional terms, two clear trends developed at this time: A traditional side still anchored in the logic described in the previous section (See D. PÉREZ GHILLOU, *La constitución: enfoques académicos*, in *Antología...*, Tau Anzoátegui (Coord.), cit., pp. 345-347), and a newer perspective, which looked toward the events in Europe and which heavily influenced the new constitutionalism. These late works were responding to the ideas of the time, which are summarized in the contributions by B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, *Les nouvelles tendances du Droit Constitutionnel*, Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1934; and M. MANOÏLESCO, *Le siècle du Corporatisme. Doctrine du Corporatisme Intégral et Pur*, Paris, Librairie Félix Alcan, 1934. Mirkine-Guetzévitch's work is very important for this essay and presents the state of the art survey regarding the *État du Droit* as a rationalization of the power in the face of « new forms of absolutism » (*Le soviétisme et le fascisme*) — see, MIRKINE-GUETZÉVITCH, *Les Nouvelles*, cit., pp. 46, 214-215.

gical debate and reception by the authors ⁽⁴⁰⁾. The doctrinal article and the critical review influenced, therefore, a rapid process of debate that exhibited the intensity in the appropriation of new knowledge.

In this context, the concept of *Estado de Derecho* entered the Argentinean legal debate through Sampay's *Noción de Estado de Derecho*, published in the legal journal *La Ley* in 1939 ⁽⁴¹⁾. In this article, the title of which indicates the defining interest in an unusual word (*notion*), the difficulties associated with the concept are structured in the context of the interwar debates in Europe, mainly in Germany and Italy. In this way, the theoretical novelty and its contemporaneity were privileged over the historical weight of the German tradition ⁽⁴²⁾.

In this first essay, Sampay made an effort to insert the German concept into the Argentinean constitutional tradition. In order to achieve this, he filled the signifier *Rechtsstaat* with the traditional elements of « republic »: the guarantee of individual freedoms (fun-

⁽⁴⁰⁾ M.R. PUGLIESE, *Las Revistas Jurídicas en la Argentina en la primera mitad del siglo XX. Una mirada cultural y didáctica sobre el género*, in « Revista de Historia del Derecho », 47 (2014). This legal phenomenon cannot be separated from a contextual moment of general transformation in the publishing industry. In the case of Catholic Nationalism, a connection can be seen to *Criterio's* magazine, where the authors expressed not only juridical ideas but also ethical-political reflections. See: E. ABÁSULO, *Lineamientos de una mentalidad jurídica alternativa. La crítica al derecho vigente y la elaboración de propuestas jurídicas renovadoras durante los diez primeros años de la revista Criterio*, in « Revista de Historia del Derecho », 28 (2000).

⁽⁴¹⁾ A. SAMPAY, *Noción del Estado de Derecho*, in « La Ley », 14 (1939). Regarding the novelty of the concept within the language of constitutional law, it should be noted that in 1917, Montes de Oca translated *Rechtsstaat* as « estado jurídico moderno »: « Mohl, escritor alemán, en 1844 consideró que el estado jurídico moderno, en que existe la ponderación y equilibrio de los poderes, tampoco estaba comprendido en la fórmula de Aristóteles » (MONTES DE OCA, *Lecciones*, cit., p. 80).

⁽⁴²⁾ It is no coincidence that Sampay was the initiator of this highly topical debate. In fact, there is a biographical explanation relating his studies in Switzerland with Dietrich Schindler in the 1930s. In 1934, in a *Festgabe für Max Huber*, Schindler published an article entitled *Über den Rechtsstaat*. For a comprehensive study of those debates in the *Weimarer Republic* and the *NS-Regime*, see: M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Dritter Band. Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in Republik und Diktatur (1914-1945)*, München, Beck, 1999, Chapter V and pp. 330-338.

damental rights), equality before the law, and last but not least, the division of powers (as a mechanism to safeguard rights). Nevertheless, appropriating the concept represented only the first part of the task. He also dedicated an entire section of this introductory essay to treating the true sense of « democracy » and « constitution » in mass society, a topic relatively new to Argentinean constitutionalism.

Given his work on the concept of democracy, Sampay was unable to avoid attributing to the figure of the « people » a radical characterization as a constituent power. The people, for Sampay, were not to be considered the sum of isolated individuals at the time of the election, but « the effective homogeneity of the nation, engendered by a solid, common foundation of interests and convictions » (43). Having observed the European political regimes, he warned that large democracies impose a kind homogeneity — one that suppresses the individual — in favor of the State, race or the proletariat. On the other hand, he thought it possible to realize a personalist form of democracy that seeks to recognize the enactment of personal freedom. For him, only this latter formulation could be considered *Estado de Derecho*. In so doing, the concept became dissociated from liberalism, given that another political system might also be able to realize man's freedom.

The question underlying this theoretical construction is: What was the « solid, common ground » connecting the Argentinean people and that was meant to serve as the basis of the democratic constitution? The answer was provided by the radical character of constituent power, that is, the people establishing their own political order. For Sampay, the will of the people is the origin of all legitimacy. However, and here he departs from Schmitt, this is a condition provided by « natural law » (44). This interpretation shielded itself from the radical political nature of the Schmittian proposal and redirected legitimacy to the meta-positive principle of law, which for Sampay was none other than human dignity — one

(43) SAMPAY, *Noción...*, cit., p. 67.

(44) DOTI, *Carl Schmitt...*, cit., pp. 135-166.

of the key aspects of his thought ⁽⁴⁵⁾. The people's will was then limited by natural law. To prove that this respect for human dignity was the common basis of the Argentinean « interest and conviction », the theological approach to politics and the history of Argentina as a « Catholic nation » appeared as a legitimate device.

Sampay's article quickly provoked a response from Renato Treves, who was living in Tucumán after being exiled from Italy ⁽⁴⁶⁾. In both Italy and Germany, Treves thought that the use of the concept was only an attempt to legitimize the national socialist and fascist regimes. If we wish to understand the debate, he states, then we need try to grasp the authors' state of mind at that time rather than searching for some specific content belonging to the concept. For those trained in the liberal classical tradition, the concept had to be used because of the legitimacy it already possessed, while for younger people, the need to suppress or overcome it — due to its association with the previous, decadent phase of social development — was evident. In this way, Treves indirectly warned Sampay to be aware of the concept's symbolic effectiveness in legitimizing all forms of authoritarianism. It was within this initial debate that the concept of *Estado de Derecho* was first introduced in Argentina.

A few years later, in 1942, in the midst of a strong debate among Catholic jurists about the form of the state and the system of representation (corporatism) ⁽⁴⁷⁾, Sampay published *La crisis del Estado de Derecho Liberal-Burgués* ⁽⁴⁸⁾. As the title indicates, the

⁽⁴⁵⁾ I use Carl Schmitt in this essay because he offers a radical criticism of the positivist-legal perspective. In fact, using Schmitt allows us to introduce the question concerning the legitimacy of confronting the positivist thinking matrix. This would enable Sampay to overcome the formal logic of constitutionalism and, at the same time, to consider the right for a radical reform of the Constitution by addressing the theory of the *Pouvoir Constituent*.

⁽⁴⁶⁾ R. TREVES, *El Estado de Derecho y las nuevas organizaciones estatales*, in « Sustancia. Revista de Cultura Superior », 2 (1939), pp. 161-171. A bibliographical piece of this article also appeared in the magazine « La Ley », 16 (1939). See, also, DOTTI, *Carl Schmitt...*, cit., pp. 260-261.

⁽⁴⁷⁾ On Argentinean corporatism, see: J.F. SEGOVIA, *El modelo corporativista de Estado en la Argentina, 1930-1945. Entre el derecho, la política y la ideología*, in « Revista de Historia del Derecho », 34 (2006), pp. 269-355.

⁽⁴⁸⁾ A. SAMPAY, *La crisis del Estado de Derecho Liberal-burgués*, Buenos Aires, 1942. The reception of this work merited a critical reading by Ricardo Smith, who not

Rechtsstaat meant with a critical reception; in fact, this concept was seen as a historical phase that had already come to an end ⁽⁴⁹⁾. However, this controversial side of the thesis — which will be discussed below — must not overshadow the radical change that the reception of the German *Staatslehre* and Schmitt's *Verfassungslehre* produced in the constitutional grammar, as it was known until then. These new influences would politicize the constitutional language through the key concept of *State*.

According to this new perspective, the State was no longer to be understood as a concept of international law, which defined internal sovereignty ⁽⁵⁰⁾, or as an administrative machine equivalent to the colonial apparatus ⁽⁵¹⁾. Instead, the State would be defined as a way of living, historically determined by the action of real and free men. These men, drawing upon the families and smaller corporative institutions as their basis, would go on to define a *political status of unity and ordination of the people* — destined to achieve a goal ⁽⁵²⁾. Since Sampay considered the State a *political being*, it was subject to

only attacked favoritism by a « corporate state » to the Portuguese — a question that Francisco Ayala had already highlighted in the prologue to the book — but also destroyed the desire for an anti-liberal « Catholic democracy » founded on the reading of Carl (Karl, for Smith) Schmitt. See: R. SMITH, *La crisis del Estado de Derecho Liberal-burgués, por Arturo Sampay*, in « La Ley », 28 (1942), pp. 1139-1148.

⁽⁴⁹⁾ The title of the work itself announces the critical turn against the « liberal state ». This change in the perspective can be seen on two levels. The choice of the liberal-bourgeois adjective is a synthesis of the criticism developed by anti-liberal German jurists and especially by Carl Schmitt (See: Ch. HILGER, *Rechtsstaatsbegriffe im Dritten Reich*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2000, pp. 12-20). Secondly, a new form of temporality is used. Sampay no longer speaks of the concept in the abstract but rather in terms of a « state » in crisis. Overcoming this crisis implies a change to a new form of « State ». This critical radicalization is probably due to his contact with Carl Schmitt's essay *Was bedeutet der Streit um den „Rechtsstaat“* (1935), which was quoted by Treves and later appeared in Sampay's work. In both Carl Schmitt's essay and in Sampay's book, the past-future temporal structure of the argument plays a central role. See: SAMPAY, *La crisis...*, cit., p. 62, f. 1.

⁽⁵⁰⁾ GONZÁLEZ, *Manual...*, cit., p. 83.

⁽⁵¹⁾ ALBERDI, *La omnipotencia...*, cit.

⁽⁵²⁾ SAMPAY, *La crisis...*, cit., p. 27, 37 and 48. This condensation of the State-political was decisive since it implied the appropriation of all political phenomena by the State. Faced with this totality, the theory of Catholic subsidiarity in the Encyclical *Quadragesimo Anno* played the role of limiting the State in the face of the individual. The

modification⁽⁵³⁾. Having observed this modifiability, Sampay stated that confronted with what was referred to as a historical-critical moment, new political and social objectives demanded a political decision be made. Hence, the fundamental role of the constitution — in the sense of Schmitt's *Verfassungslehre* — was to establish a new political-juridical order; one structured by the people's cosmivision and used as a means for structuring a common life, which for Catholics was synthesized in the search for the *Bene Commune*⁽⁵⁴⁾.

This appropriation of the concept of the *Staat* also provoked a redefinition of the semantic core of terms republic and nation. The conception of the State as a political unit meant that the unifying role of the nation was no longer fundamental. On the other hand, as the State also represented a concept of order established by political decision, it displaced the normative demand of the republic — which became one historical modus for representing the order and desires of a political community⁽⁵⁵⁾. However, this was not meant to imply that the questions of the nation should be erased. For, as previously mentioned (and despite the tension with regard to the concept of « the people »), the history of the nation — this time written in terms of Catholic tradition — served as a device for

Catholic character of this proposal was especially written against the background of Jellinek's traditional theory of the *Selbstbeschränkung des Staates*.

⁽⁵³⁾ Sampay warned that political being is « State, in the modern lexicon ». The influence of Schmitt's *Verfassungslehre* is obvious here. It allows for an assimilation of the concepts of state and politics that operate differently in *Der Begriff des Politischen*. In other words, the latter serves as the foundation of the former. On the Schmittian reading of the political and its relationship with the State that influences this whole reading, see: L. STRAUSS, *Anmerkungen zu Carl Schmitt, Der Begriff des Politischen*, in ID., *Gesammelte Schriften. Hobbes' Politische Wissenschaft und zugehörige Schriften- Briefe*, Stuttgart, Metzlersche-Poeschel, 2001, p. 217.

⁽⁵⁴⁾ The concept of « State » appeared in this context as a simile of *polis*, which implied not only the politicization of the concept, since this term was meant to represent the total political community, but also a critique of individualism from the moment in which, as Sampay recalls reading Schmitt, « the individual could not be emancipated from that totality ».

⁽⁵⁵⁾ The decision is also limited by natural law. Sampay's friendship with O. Derisi was significant in helping to forge his political-Thomist thought. See: SAMPAY, *La crisis...*, cit., p. 107, f. 2. The political decisionism of the time was very strong in Sampay's thinking, due to the relationship between theology and politics: miracle and decision.

legitimizing the political decision and the internal characteristics of the Argentinean State ⁽⁵⁶⁾.

This new language ⁽⁵⁷⁾, which spread rapidly among Catholic intellectuals ⁽⁵⁸⁾, allowed Sampay to formulate a radical critique of the 1853 constitution, yet without getting caught up in the language of republicanism. In fact, at this point, the concept of *Estado de Derecho* played a central role. Sampay identified the Alberdian constitutional model with the « Estado de Derecho liberal-burgués », thus shifting the characterization of the traditional constitutional language and breaking the internal logic of normative-constitutional knowledge ⁽⁵⁹⁾. In establishing this connection, Sampay re-politicized the Alberdian constitutional *moment* through its historicization and declared its terminal crisis ⁽⁶⁰⁾.

For him, as well as for later jurists, the neutral role of the State in society, associated with the depoliticization of individuals, needed to be reformed ⁽⁶¹⁾. The most important thing, however, was the

⁽⁵⁶⁾ In this way, from a history of juridical-political languages, the title of Loris Zanatta's work, « From the Liberal State to the Catholic Nation » can be inverted, since in terms of the employment of the concepts, the nation served as the basis for the unity of liberalism, while the State served as the basis for the Catholic proposal. See: L. ZANATTA, *Del Estado Liberal a la Nación Católica. Iglesia y Ejército en los orígenes del peronismo. 1930-1943*, Bernal, Universidad Nacional de Quilmes, 2005.

⁽⁵⁷⁾ In addition to the reception of the concept of the State, various theories and institutions, such as the Catholic theory of subsidiarity, the concept of the constitution in a *material sense*, etc., entered into the juridical language of public law, thus broadening the theoretical basis of the constitutional debate. This dislocation had an impact on the knowledge of constitutional law — one that could hardly be traced back to the logic of the nineteenth-century forms of restricted democracy of republicanism.

⁽⁵⁸⁾ The reception of this work can be seen above all in the *Teorías del Estado*, which was published between 1945 and 1951 by Pablo Ramella, Ernesto Palacio, and Arturo Sampay. On the Catholic nationalist jurists, see: J. F. SEGOVIA, *Peronismo, Estado y Reforma constitucional. Ernesto Palacio, Pablo Ramella y Arturo Sampay*, in « Revista de Historia del Derecho », 32 (2004), pp. 347-441.

⁽⁵⁹⁾ SAMPAY, *La crisis...*, cit., p. 70.

⁽⁶⁰⁾ The use of the voice *moment* is not narrative license. Here it is used in the sense that Sampay attributes it, following Hermann Heller, as a « Phase that can be designated in a movement » (SAMPAY, *La crisis...*, cit., p. 53, f. 1).

⁽⁶¹⁾ It is worth noting the influence of Carl Schmitt's *Legalität und Legitimität* (1932) as a basis for criticism of Kelsenian positivism, which was associated with the liberal state. The legal theory was incorporated into, and served as a basis for, the

formation of a new anthropological perspective. This time, against the background of the « homo economicus », the integrality of human existence entered into the discourse, and the *ethos* of the State was redefined to provide « dignity » instead of liberty and economic prosperity. Thus, the proposal called for the dissolution of the « liberal State » (also referred to as « abstentionist ») and the subsequent creation of an interventionist State.

However, the crisis of the liberal state required a « decision » in order to consolidate the new political being of Argentina, especially in the face of the threat of totalitarianism. Moreover, the liberal crisis required a national solution for Argentina. To this end, nationalism was seen as a way of limiting the transplantation of new constitutional models. Sampay's Janus-faced proposal should be understood within the context of the historical critique of Alberdi's model and his reserved stance towards the contemporary organization of the State under fascism, national socialism, and the U.S.S.R. Thus, following Salazar's corporatism, yet inquiring about the essence of the Argentinean people, Sampay proposed a « welfare state ». This theory was materialized in the Peronist Constitution of 1949. In fact, in the parliamentary debates, Sampay again began to criticize the liberalism of Alberdi's Constitution and called for a « protectionist state », sometimes referred to as the « prosperity and welfare (*previsional*) State »⁽⁶²⁾. For the first time, the State was not seen as a threat to individuals but as the creator and protector of constitutional rights.

The obvious consequence was the dissolution of the constitutional tension between society and State, which served as a premise for liberal constitutionalism and, consequently, led to a

political discussion of public law. For a defense of Kelsen, see SMITH, *La crisis...*, cit., p. 1143.

⁽⁶²⁾ *Diario de sesiones de la Convención Nacional Constituyente 1949*, Buenos Aires, Imprenta del Congreso de la Nación, 1949, p. 271. In the political debate, Sampay stopped using the expression « Estado de Derecho Liberal-Burgués » to refer to the « liberal state », which was more common at that time. See: F. AYALA, *El Estado Liberal*, in « La Ley », 20 (1940), pp. 63-69. This variation in conceptual uses shows the thin line separating the political-constitutional and constitutional discourses.

radical politicization of the population ⁽⁶³⁾. This process of politicization intensified once Peron broke with the Catholic Church and unveiled a political model that moved away from the theory of *subsidiarity*. The results were not just theoretical, for the political manifestations included the persecution of opponents, single trade unionism, government interventions in different autonomous spaces, etc. ⁽⁶⁴⁾.

For the jurists educated in traditional constitutional law, the reform and its principles were seen as exceptions, if not deviations. In this way, despite the validity of the constitution, the contrast between traditions generated a negative perception of its legitimacy, which weakened the very foundations of the 1949 constitutional process and generated an association of the language of the State with *Peronism*.

2.3. *The Estado de Derecho under the Legal Positivism and American Political Science: 1955-1983.*

The main problem of the anti-liberal conception of Peronist constitutionalism was the blurry (if not inexistent) separation between State and society, a consequence of which was the extreme politicization of the later. The anti-Peronist reaction was also implicated in this logic, and in 1955, a military coup d'état removed Peron from power. The political and juridical fields underwent extreme changes. Just to name a few: The Constitution of 1949 was abrogated; Peronist supporters were excluded from playing any role in the new regime, and the constitutional literature written during this period disappeared from the universities. The Constitution of 1853 was re-established by decree, and the part of the 1949 Consti-

⁽⁶³⁾ It was not clear whether politics was to be considered as equivalent to or as the basis of the state, and this was linked to the criticism of the separation between state and society. This was a direct criticism directed at the basis of liberalism. For Sampay, this principle had been artificially created by Lorenz von Stein, and consequently, he asked for a reconsideration of the separation between State and society (A. SAMPAY, *Introducción a la Teoría del Estado*, Buenos Aires, Politeia, 1951, p. 375, f. 1).

⁽⁶⁴⁾ This would also exclude Sampay from the Peronist universe.

tution that was retained was the recognition of social rights — which were, paradoxically, protected by the *State* ⁽⁶⁵⁾.

Due to the prohibition of the dominant popular party, the constitutional discourse suffered from a lack of legitimacy. Aware of the precarity of this situation, the formal and positivist approach to law proved to be successful. On the one hand, it obscured the problem of legitimacy, because the Kelsenian model worked on the base of deductive-logical interpretation. On the other hand, legal positivism was not based on history, which had been the traditional *modus operandi* of legitimatization in constitutionalism.

However, as previously stated, the new political languages that had emerged over the course of the past few decades weren't easily erased. Despite the fact that some of the earlier, traditional constitutional law manuals were reprinted, the new constitutionalism, nevertheless, was forced to confront the problem of incorporating the conceptuality of the State into the traditional language of the restored Constitution of 1853. This tension between two diverse and contradicting traditions (liberal and anti-liberal) was resolved by re-writing the tradition by means of a theoretical approach. In other words, juridical positivism was able to incorporate a more abstract political theory ⁽⁶⁶⁾.

The new political-constitutional order influenced the structuring of legal matters. While constitutional law had rejected the Schmittian matrix, the *Staatslehre* gradually moved in the direction of political sociology. The latter established its own space for reflection in the 1980s with the formation of the subject « Theory of the State » at the University of Buenos Aires. For its part, constitutional law, instead of returning to the pre-Peronist tradition, incor-

⁽⁶⁵⁾ D. PÉREZ GUILHOU, *Los liberales conservadores en la Convención Constituyente de 1957. Un capítulo de las ideas político-constitucionales argentinas*, in « Revista del Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho », 28 (2000), pp. 401-448.

⁽⁶⁶⁾ An interesting piece of news on the intellectual climate of Argentine positivism can be seen at the conference of Alf Ross held in Buenos Aires in 1961 (see: A. Ross, *Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law*, in *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, S. Paulson (ed.), Oxford, Clarendon Press, 1998, pp. 147-163). With the fall of Peronism, the Thomism would be weakened, turning the scale of academic reflection in the National Universities towards Kelsenian positivism. The influence of Carlos Cossio stands out here.

porated some elements of American political science as its theoretical framework for working on the *material* aspects of the constitutional theory (a question opened by the radicalization of the political role of the people in the constituent moment) (67). This latter selection of a new narrative and tradition was in tune with the formation of a new theoretical perspective in Argentina, which opened itself up to American structural-functionalist sociology. This eventually went on to impact the field of law but also general sociology and political history starting in the mid-1950s (68).

The methodological change in the hermeneutics of the constitutional text — between American political science and juridical positivism — redefined the conditions of bibliographic production. Here, we see a new literary role of constitutionalists, who, on the one hand, wrote treaties on doctrinal interpretation for lawyers and magistrates and, on the other hand, worked at the university by producing manuals — which constituted a more theoretical sector that was closely related to the constitutional phenomenon in general.

One example of this new constitutionalism can be found in the monumental work of Francisco S. V. Linares Quintana, who — after a long self-exile during Peronism — had returned to Argentina from America. During this time, he worked as a teacher and researcher at the University of North Carolina, where he was steeped in recent American political science theories and also developed a strong bond with Karl Loewenstein (69). Both in his nine volume *Tratado de la Ciencia del derecho constitucional* (1953-1963) and in his two volume *Derecho constitucional e instituciones políticas* (1970), a work that can be seen as both an epochal synthesis and source of conceptual meaning among jurists, Linares dealt with the concept of *Estado de Derecho*. However, in order to understand the meaning

(67) M. FIORAVANTI, *Le dottrine della costituzione in senso materiale*, in « Historia Constitucional », 12 (2011).

(68) E. ADAMOVSKY, *Historia de la clase media argentina. Apogeo y decadencia de una ilusión, 1919-2003*, Buenos Aires, ed. Planeta, 2009. Parsonian sociological assumptions would also impact the historical narrative that would see Peronism as an exception in the history of a « middle class », considered by the apologist of this representation of the past as « the true representative of the Argentinean nationality ».

(69) C. MAYON, *Linares Quintana: una larga y fructífera vida dedicada a la ciencia política y constitucional*, in « Anales », 43 (2013).

given to the concept, it is necessary to analyze the epistemological turn that occurred in constitutional law starting in the 1960s.

The first problem that the new constitutionalism was faced with was the excessive politicization of constitutional theory that had taken place during the 1930s and 1940s. To deal with this problem, the new jurists needed to « de-statistize the political » (*Entstaatlichung des Politischen*) by reducing the meaning of the concept of the State. This was achieved through an epistemological criticism against the *Teoría del Estado*, warning that modern « political science » should not only be concerned with the « State » but also with the governance of societies. For Linares, understanding « the political » as the exclusive study of the State corresponded to a traditional, restrictive, and limited approach. From this perspective, he postulated that the analysis of « the political » needed to be extended to « the science of society's government ». In so doing, he wanted to overcome what he labeled the « limited » scope of the state phenomenon. Behind this naïve definition of the scientific scope, he implicitly reduced the concept of the State in contrast to a variety of other social institutions, which this way of thinking considered superfluous ⁽⁷⁰⁾. While Linares was very hesitant to forge his own conception of the State, his approach is similar to traditional positivism in that it presented the State as a juridical person distinct from *the subjects* (Carré de Malberg), to which he added the Kelsenian element identifying it as « the personification of the juridical order » ⁽⁷¹⁾. With the limitation of the State sphere, one space was opened up where it was possible to think about politics: society.

What was the principal theme of political science? In line with American contemporary studies, Linares did not hesitate to define

⁽⁷⁰⁾ Here, the German tradition was read through an Anglo-Saxon lens. Thus, while in Germany the state had been traditionally viewed as a « republic » — according to the traditional characterization — or a « whole political society », from this moment onwards, the term was used as a more technical concept that designated the administration. Thus, the concept of the State would progressively turn into a « governmental machine », which later more closely approximated « governmental institutions », « administrative cadre », or « governing body ».

⁽⁷¹⁾ S. LINARES QUINTANA, *Derecho constitucional e instituciones políticas. Teoría empírica de las instituciones políticas*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1970, pp. 65-78.

the object of study as the problem of *power in society* (72). This re-reefinition of the object would have two major consequences for the constitutional theory. On the one hand, instead of the question of sovereignty as a constituent power, for the new constitutional law, based on political science, sovereignty became the « legal rationalization of the power ». The radical problem of the material constitution was thus given over to the dynamics of political analysis carried out by lobbyists, interest groups, etc. (73). On the other hand, and as had already been anticipated, the study of power in society presupposed the irreducible separation of the latter from the State, and this is where the Constitution came in.

From this point of view, the Constitution would have two distinct roles. Theoretically, from the perspective of political science, the Constitution was nothing more than the crystallization of political tensions between individuals in society. However, from a political perspective, the Constitution was seen as a controlling device to prevent the *state* from taking control of social power. This latter role was the condition for the possibility of displaying a societal analysis of the power. In fact, Linares's immersion of « social life » into the State meant falling into « totalitarianism »; meanwhile, maintaining the distinction between « society/State — the social and the juridical — » was the main task of the constitutionalized State and democratic politics (74). It was under the auspices of this last

(72) *Ibid.*, p. 43. Among the North American authors who guide this narrative, we have: David Easton, Charles Merriam, Harold D. Lasswell, T.V. Smith, and George Catlin.

(73) The inscription of the political in the society made the State superfluous. Nevertheless, Article 22° of the Constitution of 1853-60 only allowed for politics to be carried out within the framework set forth by the State — the implications of which implied a contradiction within the praxis of constitutionalism. Hence, the need for a systematic study of lobbyists and interest groups arises. Thus, paradoxically, politics could only manifest itself within the State, and civil society was configured in terms of a purely economic model of exchange. On the concept of civil society, see: S. CHIGNOLA, *Fragile cristallo. Per la storia del concetto di società*, Napoli, Editoriale scientifica, 2004.

(74) LINARES QUINTANA, *Derecho constitucional...*, cit., p. 64; A similar critical operation was carried out for the German field by E.W. BÖCKENFÖRDE in his classic 1972 conference: *Die verfassungstheoretische Unterscheidung von Staat und Gesellschaft als Bedingung der individuellen Freiheit*, Düsseldorf, VS Verlag für Sozialwissenschaften, 1973.

postulate that the concept of the *Estado de Derecho* found a place in the constitutional discourse.

The re-signification of the traditional separation of State and society first made it possible to recover the nineteenth-century characteristic of the concept, that is, by presenting it as « the subjection and accommodation of the State to the Law » in order to protect subjects. Linares pointed out that the term was formulated by Robert von Mohl in 1832, warning that the *Estado de Derecho* was the counterposition to the *Estado de Policía* (proposed by Machiavelli!?). After linking together generations of German jurists — from Stahl to Schmitt and Kelsen — as champions of this principle, he filtered it through the American tradition by stating that the *Estado de Derecho* is the « rule of law » (*Gobierno de leyes*) and not « rule of men » ⁽⁷⁵⁾. Together with Legón, he pointed out that the aim here was to limit the « mere fleeting and passionate arbitrariness ». Later on, he brought it to the *Río de la Plata*, citing Supreme Court Judgment *Edelmiro Abal* of 1960, which states that the *Estado de Derecho* is the state limited by the Constitution, thereby guaranteeing « a calculable stability of relations between governors and governed ». This stability was the very essence of constitutional order, and to support this value, Linares quoted Bertrand de Jouvenel, who thought that when « the fundamental rules and notions are capable of being modified indefinitely, it creates the most advantageous situation for the despot! » ⁽⁷⁶⁾.

After having justified the concept, Linares needed to condense the typology into a clear and positivistic group of characteristics. To accomplish this, Linares drew upon the recent work of Elías Díaz, from whom he drew four key characteristics of *Estado de Derecho*: 1) « imperio de la ley »; 2) separation of powers; 3) legality of admi-

⁽⁷⁵⁾ LINARES QUINTANA, *Derecho constitucional...*, cit., p. 85; the double inscription of the concept of *Estado de Derecho* in the tradition of 19th-century German liberalism and as a word that synthesized the American constitutional desire, made the debate that arose in the 1940s invisible.

⁽⁷⁶⁾ *Ibid.*, pp. 85-86.

nistration: legal regulation and judicial control; 4) fundamental rights and freedoms (77).

Using these characteristics, the concept finally had a formulation that was easy to learn, but above all, it received a legitimization that was difficult to transpose. It is worth mentioning that both the historical-emotional narrative, which inscribed the concept in the long universal constitutional struggle for freedom, and the analytical systematization were key to redefining the concept. This combination allowed readers to come up with an interesting condensation that assimilated the *Estado de Derecho* to the « republic » and the « Estado de Policía » as equivalent to « despotism » and « tyranny » (78). In so doing, Linares accomplished two things: First, he successfully redefined the guiding concepts of constitutional thought (79); second, it enabled jurists to work with the liberal Constitution of 1853-60 within a positivist context, thus helping them to deal with political and social conflicts without having to carry out a constitutional reform (80).

(77) *Ibid.*, p. 87. The positivism and the historization of « ideas » allowed for a decontextualized appropriation of the work of Elías Díaz, who clearly sought to critique Franquism; a position that had sought to give legitimacy to the regime against the backdrop of foreign countries by using the concept of the *Estado de Derecho*. This dialogical and historical moment is not evident in Linares's construction. See: S. MARTÍN, *Del Fuero del Trabajo al Estado Social y Democrático. Los juristas españoles ante la socialización del derecho*, in « Quaderni Fiorentini », 46 (2017), pp. 369-371.

(78) For example, in the series of lectures organized by the *Colegio de abogados de Buenos Aires* (Buenos Aires bar association) in 1980 on the *Estado de Derecho* in Argentina, Tomislavo Davinovich said that « in dark hours, Alberdi's legacy [needed to be remembered]. That legacy was, for a century, the *Estado de Derecho* in Argentina (« en horas aciagas, al legado de Alberdi. Ese legado fue, durante un siglo, el Estado de Derecho en Argentina »). See « Revista del colegio de abogados de Buenos Aires », 1980, 1.

(79) In this way, a 19th century leitmotif was also proclaimed untouchable. The 'completeness' of the concept and the rejection of the state's projection on the social resulted in a closure of the concept « Estado Social de Derecho ». On this topic, J.R. Vanossi published in 1982 a widely circulated book called *El Estado de Derecho en el Constitucionalismo social*. However, this work remained within the framework of political theory rather than in the constitutional field.

(80) Another example of this positivist perspective of *Estado de Derecho* can be seen in the essay from 1960 by Agustín Gordillo, the title of which is also explicit about the methodological trend of the time: « Estructuración dogmática del Estado de

The abstract formulation and the theoretical *un*-definition of the concept permitted an extremely broad range of uses. From the side of history written by jurists during this period, the normative concept served as a narrative *motif* by means of which to criticize the recent past, especially Peronism. At this point, anti-Peronism found in *Estado de Derecho* the framework from which to perform a political reproach. In other words, the emotional part of this concept was historically determined as a counter-position to Peronism (which had been labeled a «second tyranny» by the military forces) ⁽⁸¹⁾.

The influence was even greater in the jurisprudential field since the formula was used to legitimize the defense of individual guarantees by the magistracy, thereby giving rise to the praetorian construction of the figure of *Amparo*. This phenomenon is also interesting because it brought the dogmatic-ahistorical construction of the *Estado de Derecho* closer to the Anglo-Saxon «rule of law» system. Moreover, it produced a particular subjectivisation of citizenship. In fact, the protection granted by jurisdiction was fundamental to securing the constitutional rights of private individuals, which should be protected not only against the State but also against the action of social groups ⁽⁸²⁾. Finally, the figure of *Amparo* serves as a guarantee for the defense of the rights of the individual, which did not possess an ethical value, since it was presented in terms of a contrast between a factual situation and a recognition of rights explicitly declared in the constitutional text.

The incorporation of the principle in the jurisprudence of the Supreme Court and its use to develop a historical narrative of law

Derecho». See A. GORDILLO, *Estructuración dogmática del Estado de Derecho*, Lecciones y Ensayos 17, Buenos Aires, 1960.

⁽⁸¹⁾ An example of this problematic and almost bizarre use can be found in the conferences organized in the *Colegio de Abogados de Buenos Aires* in 1980. This meeting took place at the same time that a strong criticism of the human right movements denounced the practices of the last dictatorship. However, the conference cycle was named *Ciclo de conferencias sobre la Historia del Estado de Derecho en la Argentina entre los años 1943 y 1976* (see «Revista del colegio de abogados de Buenos Aires», 1980, 1).

⁽⁸²⁾ This constitutional guarantee of rights, which entered into the Constitution of 1994, was a praetorian formulation by the Supreme Court in two major cases: *Siri*, 1957 (CSJN, Fallos, 239:459) and *Kot*, 1958 (CSJN, Fallos, 241:291).

evidence the proliferation of the new concept among jurists of the time, but this time under the hermeneutic prism of a renewed tradition and not as a theoretical derivation of political doctrine.

The dogmatic formulation developed during this period persists to the present day in the classrooms of constitutional law. However, the country's political history gave this concept a new plea of meaning, which would configure a special semantics for the Argentine case, which would be inscribed in the matrix of a democratic inspiration based on human rights.

2.4. *The Limits of Dogmatic Positivism: Human Rights and Democracy (1983-2015).*

Since 1983, the status quo of the dogmatic formulation of *Estado de Derecho* was disturbed by the process of recognition of the aberrant crimes against the humanity committed during the last dictatorship (1976-1983). The acknowledgment of the tortures and kidnappings by the people as well as the demand for justice for the *Desaparecidos* invaded the public sphere. Against the background of this undeniable horror, the abstract formulation of the concept and its usage to legitimate any State action according to law separated from the ethical question was no longer possible. The continuity of the dogmatic position was limited in the face of the demand for reparation that arose out of transitional justice. In 1983, when president Alfonsín started the long journey back to democracy, one of the key points was the reconstruction of a democratic culture that would encompass not only the political and social sphere but also the action of justice within the State.

Within this context, the 1985 trial of *Juntas Militares* represented a foundational milestone of the new democracy. This political decision was considered crucial in order to expose the risks connected with living outside of democracy, tolerance, and constitutional guarantees⁽⁸³⁾.

To achieve this goal, two parallel strategies were deployed. On

⁽⁸³⁾ The literature on this period is vast. See: A. PUCCIARELLI, *Los años de Alfonsín ¿El poder de la democracia o la democracia del poder?*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2006.

the political side, the demand for unveiling the underground actions of the military dictatorship was realized by a commission that described the atrocities committed by the regime. As the title indicated, the *Nunca Más* represented a barrier against « state terrorism »⁽⁸⁴⁾. The main point of this report was the introduction of Ernesto Sábató, who established a kind of endpoint for the wound opened by the radical violence of the dictatorship. Sábató's analysis produced an explanation that was quickly labeled the « theory of the two demons ». This « theory » established a paradigmatic narrative in which Argentina had experienced a war between two demons: on the one hand, the « guerrilla », on the other, the military forces. According to this narrative, Argentinean society had been trapped between these two violent forces. The critique in the preface of *Nunca Más* simply claims that the military forces neither applied the military code nor conducted any legal process against the « subversive ». Instead, of conducting themselves according to their own codex and guidelines, they engaged in a dirty war. However, the fundamental role of the text was to expose the radical evil that the military dictatorship had displayed in Argentine society. Needless to say, this report was widely read⁽⁸⁵⁾.

On the juridical side, and based on this political and social consensus, there was a necessity for reinstalling the idea of a democratic order under the auspices of justice, so the crimes against humanity could be punished. The political and juridical orders were once again working together — this time, however, in order to reconcile society.

Within the field of constitutionalism, the mentalities of those involves underwent a substantial change. Against the extension of legal positivism among scholars, these authors interjected several

⁽⁸⁴⁾ *Nunca Más. Informe de la Comisión Nacional sobre la desaparición de personas*, 1984. In this work, the concept of *Estado de Derecho* is mentioned in contrast to the concept of « Estado de Sitio ». It was noted in the report that the declaration of the « state of siege » was a strategy to « grant [...] legality to the political persecution unleashed by a dictatorship that devastated our republican institutions ». It is worth highlighting, however, the appearance of the concept of « state terrorism » as a formulation for cataloging the action deployed by the repressive civil-military apparatus.

⁽⁸⁵⁾ H. VEZZETTI, *El juicio: un ritual de la memoria colectiva*, in « Punto de Vista », 24 (1985), p. 4.

ethical questions into the legal debate. Indeed, the constitutional language was shifted as a result of the inscription of the Argentine tragedy, not in the logic of an internal war but in the universal history of the « administrated massacres » of the 20th century ⁽⁸⁶⁾. History and politics — which had determined the constitutional question — could never have sufficiently confronted the radical nature of the evil that had unfolded in Argentina. Hence, the constitutional question of the order was ultimately displaced by the introduction of ethics into law.

In order to achieve the restoration of democracy, a number of jurists educated in the analytical school of philosophy worked side by side with President Alfonsín in trying to establish a new paradigmatic discourse from which to judge the crimes against humanity committed by the dictatorship. They restored the concept of *Estado de Derecho*, but this time distancing themselves from the « dogmatic » definition and linking it to the ethical question of human rights, truth, and justice ⁽⁸⁷⁾. The reception of Habermas, Elster, and Rawls, among others, started an accentuation of democratic presuppositions and of philosophical debate inside the language of constitutionalism ⁽⁸⁸⁾. This new methodology criticized the idea of reducing constitutional thinking to political order and power (in a Schmittian way) but also against excluding the question of ethics as a central feature of the debate — as the legal positivism had done. In short, the main characteristic of this new constitutionalism was the reinstallation of the idea of values at the heart of the discourse,

⁽⁸⁶⁾ C. ALTAMIRANO, *Sobre el juicio a las juntas militares*, in « Punto de Vista », 24 (1985), pp. 1-2. For a retrospective, see rather the key analysis: H. VEZZETTI, *Pasado y presente. Guerra, dictadura y sociedad en la Argentina*, Buenos Aires, S. XXI, 2002, p. 18.

⁽⁸⁷⁾ Carlos Alchourrón, Eugenio Bulygin, Eduardo Rabossi, Carlos S. Nino, Genaro Carrió, among other jurists, all worked to revitalize the democracy by establishing a new paradigm of justice.

⁽⁸⁸⁾ For example, the very same titles of Carlos S. Nino's works offer the reader a clue as to the radical change in the way of thinking when it came to constitutionalism and ethics: *El constructivismo ético* (1989); *La constitución de la democracia deliberativa* (1996); *Ética y Derechos humanos* (1984); *Fundamentos de Derecho Constitucional* (1992). This ethical tendency in constitutionalism was described by Danilo Zolo: D. ZOLO, *Teoria e critica dello Stato di diritto*, in *Lo Stato...*, Costa & Zolo (eds.), cit., p. 18 f. 3.

which served as a reaction against legal positivism and the extreme-politicization of society.

In this context, the concept of *Estado de Derecho* entered a new phase of resemantization. In the first stage of the recovery of democracy, as recalled by a key witness, the concept expressed « the most common conciliatory argument [which] consisted in that the military could have achieved the same goals through summary trials and public death sentences according to laws authorizing such procedures »⁽⁸⁹⁾. This definition was nothing but a synthesis of the « theory of the two demons ». However, we must not forget the strategic use of the concept linked to the image of the two demons, which was back then deeply engrained in society. It is still possible to see that a very clever strategy for criticizing the military powers, which were still putting weak democracy at risk, is there. This initial moment lasted until the trial of « Juntas Militares ». This juridical act, with its subsequent symbolic overlay, radically modified the semantic structure of the concept.

The second moment can be only recaptured from an *image* that served as a re-foundational mythos of Argentina's democracy. As Vezzetti stated, « certain scenes condense a historical plot. [...] These scenes have a mythological character and therefore sustain a weft of beliefs »⁽⁹⁰⁾. This historical plot was precisely condensed by the image of the legal prosecution of dictators by a court of law, which judged them according to the law and gave them all of the guarantees afforded by the constitution. The trial represented two historical experiences divided by a thin line of a then still fragile democracy. The obscure experience of crimes against humanity confronted the « universal moral » in the courtroom; one belonged to the recent past, and the other to a hopeful future⁽⁹¹⁾.

This image was linguistically represented as the triumph of the *Estado de Derecho* over the *Terrorismo de Estado* (state terrorism). While neither of these concepts could be clearly formulated, they

⁽⁸⁹⁾ C.S. NINO, *Juicio al mal absoluto*, Buenos Aires, Ariel, 2006, p. 198. The concept was used by President Alfonsín in his speech at the reception of the CONADEP report (September 20th, 1984).

⁽⁹⁰⁾ VEZZETTI, *Pasado y presente...*, cit., p. 16.

⁽⁹¹⁾ VEZZETTI, *El juicio...*, cit., p. 5.

served as a denial of their counter-pair synthesized in a powerful emotional image. In this way, the emotional significance of this experience — almost impossible to describe — was immediately linked to the concept, and a whole set of new signifiers was incorporated into it. *Estado de Derecho* became an emotional signifier encompassing a variety of positive concepts, such as « democracy », « constitutional legitimacy », « human rights », « political participation », etc. ⁽⁹²⁾. The emotional meaning also expanded its power to contain a whole set of counter-concepts, such as « dictatorship », which became equivalent to « state terrorism ».

From that period onwards, the *Estado de Derecho* became a condensation of the new political language of the democratization process, and this can be observed by the Supreme Court's use of the concept. In contrast to the experience of the past — when the Supreme Court utilized this concept in a positivist manner — since the 1980s, the concept has been increasingly used, almost exclusively in cases involving crimes against humanity. The emotional semantics tied to the concept helped further its expansion and consolidation within the legal field. A paradigmatic example synthesizing this new meaning can be seen in a work published by the *Federación Argentina de Colegios de Abogados* in 2007 entitled: *Los Abogados, el Estado de Derecho y los Derechos Humanos*. It is quite remarkable that this emotional concept was not introduced in the new Constitution of 1994 ⁽⁹³⁾.

Now, since the sanctioning of the new Constitution, there has been a renewal of positivist interest in the constitutional interpretation. Constitutionalists have chosen to provide descriptive comments about every article, integrating above all the jurisprudence, the comparative perspective regarding the Constitution of 1853, comparative law, and so on. Meanwhile, the ethical problem of the Constitution has found a home in the specialized fields of human rights law, analytical philosophy, etc. To this day, the different

⁽⁹²⁾ In this context, the expression « imperio de la ley » also appeared; however, it meant subjecting the « absolute power of the military » to constitutional-democratic legality. See: B. SARLO, *No retroceder*, in « Punto de Vista », 30 (1987), p. 4.

⁽⁹³⁾ However, this concept was incorporated into two provincial constitutions: in Santiago del Estero (2002) and in Tierra del Fuego (1991).

interpretative and methodological approaches within constitutional law have maintained a kind of respectful synchrony — perhaps owing to the potential risk of reducing some still very emotional and historical concepts — like *Estado de Derecho* — to mere abstract definitions.

3. *Conceptual History and the Language of Constitutionalism in Argentina.*

In this article, the long history of the *Estado de Derecho* was recovered (from its early critical reception in the 1930s up to the emotional re-significance in the 1980s). That the variety of meanings entailed by the concept were closely tied to the political events that took place in Argentinean political history is easy to see. That should not come as a surprise given the characteristics of constitutionalism as a specific mixture of juridical and political languages. Nevertheless, in order to create a conscious approach to legal languages, it is not enough to only speak about contexts. Therefore, the material conditions for the production of those discourses permitted an understanding of the process of professionalization of the language of constitutionalism (from orality to legal reviews to the constitutional treaties). The variety of methodological approaches were also considered at every single stage along the process of consolidating the tradition. Above all since the formation of a determinate field requires a specific grammar and conceptuality that establishes a way of judging what belongs to the legal tradition and what is peripheral to it ⁽⁹⁴⁾.

From the perspective of legal methodology, the connection between political experience and legal conceptuality becomes clearer. In fact, each methodological tendency responded to the role of law in a political context (outside the scientific field), and it also established the conditions for the possibility (and the limits) of constituting the various senses of the concepts inside the internal order of discourse. The changes in methodological perspectives determined how constitutional law should be thought about and

⁽⁹⁴⁾ P. BOURDIEU, *Le champ scientifique*, in « Actes de la recherche en sciences sociales », 2 (1976), pp. 88-104.

written, so it is not only connected with the internal analysis of concepts but also (and primarily) with the inclusion/exclusion criteria that allowed for the social construction of a determined scientific field as well as the establishment of a tradition.

Going back to the concept of *Estado de Derecho*, the historicization of the concept, through the history of the language of constitutionalism, demonstrated the variations of its meaning, and therefore, this insight can help to understand the political role of the concept at different periods in time, which can only be accomplished by bracketing out the emotiveness that it currently harbors (*Verfremdungseffekt*). It is precisely this recognition of the varied layers of meaning incorporated into the concept that allow it to deal with historical analysis. In a radical sense, it can be asked: What did an Argentinean jurist in the 1940s understand the term *Estado de Derecho* to mean? Its meaning was not only quite different from our contemporary usage, it was also a word utterly foreign to his vocabulary. This conceptual consciousness would help to confront the traditional constitutional history that judges past experiences from the perspective of abstract models constructed in the present. By disrupting the security this concept offers to the narrative of constitutional history — written by constitutionalists — not only are the anachronisms exposed, but more important, the prejudices on which a tradition is built can be recognized ⁽⁹⁵⁾.

The historical-conceptual approach is able to show more than just the « inner meaning of concepts » in history. Once it focuses on the treatment of temporalization (*Verzeitlichung*), it can open up new possibilities for criticizing contemporary uses. For example, in the 1940s, some jurists declared that the *Estado de Derecho* (assimilated to the liberal State) had come to an end. As such, the horizon of expectation was guided by other counter-concepts, such as the « welfare state ». In the 1980s, the very same concept defined another temporalization of social experience. Against the traumatic past experience of *Terrorismo de Estado*, the *Estado de Derecho*

⁽⁹⁵⁾ H-G. GADAMER, *Verdad y método*, Salamanca, ed. Sígueme, 2012, pp. 344; J. TONTTI, *Tradición, Interpretación y derecho*, in *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, P. Navarro and M.C. Redondo (eds.), Barcelona, Gedisa, 2002, p. 118.

gained a significant new role as a concept oriented toward the future. This temporalization found its way into the concept through the association with democracy, and therefore, the demand for more *Estado de Derecho* became a fight for having a more democratic and peaceful society.

Coming back to the present, there has been in Argentina recently a dangerous social prejudice against the politics of « human rights and memory ». Some political actors have claimed that the *Estado de Derecho* has already been achieved. Therefore, any criticism against the government is an attack on *Estado de Derecho*. This new tendency shows that the concept has been used as a way of sustaining the political *status quo* by recurring to an emotional concept. In fact, the new counter-concept that appears against the backdrop of this new pragmatic used is « destabilization ». In this new clime of ideas, the emotional bond between the concept and the democratization process of the 1980s has started to erode.

The new usage has also changed the internal temporalization of the concept, by inverting its previous role as a progressive concept to a more conservative one. In fact, this process opens the gates to an institutional semanticization describing the concept as a paradigm of protection of the new form of political order. Perhaps all of these modifications of the political language are symptoms of a changing era.

In the case of constitutionalism, the renewed positivist and ethical approaches have convived till now; however, as it is easy to see in the academic milieu, their languages are becoming more and more removed from one another.

The radical criticism of conceptual history is able to confront this problem by simply asking about the meaning of this concept in the present. As this analysis has shown, jurists usually just reproduce the meaning and the historical reconstruction provided by the tradition in which they dwell. The radical question would be: What are the conditions for the possibility (political, methodological, etc.) of a changing the meaning of this concept in the present day and age? Are there new concepts that contradict the *Estado de Derecho*? Are we facing a restructuration of political and juridical languages? If so, it would be important to take concepts a little more seriously.

GABRIELE BASSI

IL DIRITTO COME STRUMENTO
DI POLITICA COLONIALE
NELLA LIBIA ITALIANA (1911-1943)

1. Introduzione. — 2. Prime leggi, prime immagini: la fase liberale. — 3. Diritto e razzismo: la fase fascista. — 4. Conclusioni.

1. *Introduzione.*

Intendendo analizzare il ruolo svolto dal diritto sviluppato dall'Italia in Libia quale strumento di politica coloniale e di gestione della colonia mediterranea è opportuno anzitutto mettere in relazione gli ordinamenti emanati nel corso del tempo ⁽¹⁾ con l'imma-

⁽¹⁾ Per questo studio si sono analizzati testi e compendi legislativi con riferimento alle colonie così come studi dell'epoca su questi stessi temi, siano essi pubblicazioni monografiche che articoli ed interventi su periodici. Fra quelli più significativi si menzionano: COLLEGIO DI SCIENZE POLITICHE E COLONIALI, *La Libia negli atti del Parlamento e nei provvedimenti del Governo*, 3 voll., Milano, Luigi di G. Pirola, 1912-13; COMANDO CORPO DI SPEDIZIONE IN TRIPOLITANIA E CIRENAICA, *Raccolta degli atti per l'ordinamento provvisorio della Tripolitania e Cirenaica. Anno 1911*, Tripoli, 1912; M. D'AMELIO, *Per l'ordinamento giuridico della Tripolitania e della Cirenaica*, in « Rivista di diritto pubblico », IV (1912), 1; G. DIENA, *L'acquisto della Tripolitania, il suo carattere giuridico interno*, in « Vita Internazionale », 1912; C. ROSSETTI, *Legislazione della Libia 1911 — Atti della pubblica autorità relativi alla Tripolitania ed alla Cirenaica emanati durante l'anno 1911*, Roma, Bertero e C., 1912; E. PAGLIANO, *La Libia negli atti del Parlamento e nei provvedimenti del Governo*, Milano, Pirola, 1912; S. PRINCIVALLE, *L'ordinamento del Ministero delle Colonie ed il regime amministrativo e tributario della Libia*, Roma, Uff. Poligr. Ed., 1912; D. CARUSO INGHILLERI, *L'organizzazione amministrativa della Libia*, Milano, Società Editrice Libreria, 1913; S. BONACCI, *L'ordinamento della Libia, decentramento e organizzazione*, in « Corriere della Sera », 20 gennaio 1914; MINISTERO DELLE COLONIE, *Ordinamenti della Libia (gennaio 1913 — gennaio 1914)*, 2 voll., Roma, Bertero & C., 1914; D. CARUSO INGHILLERI, *I primi ordinamenti civili della Libia. (Contributo alla storia della conquista)*, Roma, Ermanno Loescher & C. (W.

gine del suddito che si diffuse e si affermò nel discorso pubblico. Alla recente storiografia sull'argomento non è sfuggita l'importanza del diritto e dell'inquadramento giuridico dei sudditi, quali elementi di governo e di politica coloniale ⁽²⁾, aspetti emersi del resto anche

Regenberg), 1914; S. ACQUAVIVA, *Gli ordinamenti della Libia dopo il trattato di Losanna*, in « Rivista Coloniale », 1915; E. CARUSI, *Gli studi dei diritti orientali mediterranei di fronte alla scienza del diritto e alla politica coloniale*, in *Atti della Società italiana per il progresso delle scienze. VIII Riunione*, Roma, tip. Bertero, 1916; ID., *Il problema del diritto comparato sotto l'aspetto scientifico, legislativo e coloniale*, in *Atti della Società italiana per il progresso delle scienze. IX Riunione*, Roma, tip. Bertero, 1917; A. MORI, *Legislazione coloniale italiana*, in « Rivista Coloniale », 1917; A. CABRINI, *Lo statuto elargito alla Tripolitania*, in « Rivista Coloniale », 1919; C. ZOLI, *La sovranità italiana su tutta la Cirenaica*, in « Politica », XLIII (1923), 15; P. BERNASCONI, *La riorganizzazione politico-amministrativa della Libia*, in « Rivista delle Colonie e d'Oriente », I (1924); E. CUCINOTTA, *La legislazione coloniale italiana (a proposito di un libro recente)*, in « Rivista Coloniale », XIX (1924); F. VALENZI, *Lacune e difetti nella legislazione coloniale libica*, in « Rivista Coloniale », 1926, 2; M. COMBA, *L'acquisto delle colonie nel diritto costituzionale*, in « Rivista italiana di scienze giuridiche », 1928; PARVER, *Le leggi organiche fasciste per la Tripolitania e la Cirenaica*, in « Oltremare », II (1928), 1; A. PARPAGLIOLO, *Raccolta dei principali ordinamenti legislativi delle colonie italiane*, 2 voll., Roma, Istituto Poligrafico dello Stato, 1930; M. COMBA, *La potestà legislativa nei riguardi delle colonie*, Torino, F.lli Bocca, 1930; M. TUCCI, *Gli ordinamenti civili della Libia nella legislazione fascista*, Vallo Della Lucania, Tip. L. Spera, 1930; A. RAVIZZA, *La Libia nel suo ordinamento giuridico*, Padova, C.E.D.A.M., 1931; F. VALENZI, *Legislazione fascista e corporazione in colonia*, in *Atti del primo congresso giuridico italiano*, R. Istituto Superiore di Scienze Sociali e Politiche « Cesare Alfieri », Roma, 1932; A. STERN, *Il nuovo ordinamento fondamentale della Tripolitania e della Cirenaica*, in « Rivista delle Colonie Italiane », VIII (1934); A.E. FOLCHI, *L'ordinamento amministrativo dell'Africa italiana*, Milano, Martucci, 1936; A. PARPAGLIOLO, *La tecnica legislativa per le colonie italiane*, in *Atti del secondo congresso di studi coloniali, Napoli 1-5 ottobre 1934-XII*, R. Istituto Superiore di Scienze Sociali e Politiche « Cesare Alfieri », vol. V, Firenze, Giuntina, 1936, pp. 209-217; G. BRUNI, *Il nuovo assetto politico-amministrativo della Libia. Note ad uso dei giornalisti in occasione del viaggio del Duce in Libia*, s.l., s.d., [1937]; R. RAPEX, *L'affermazione della sovranità italiana in Tripolitania*, Tiensin, Chichli Press, 1937; M. MININNI, G. ONGARO, *Codice tributario dell'Africa Italiana*, Roma, Ministero dell'Africa Italiana, 1939; R. VUOLI, *Il rapporto fra la metropoli e le colonie*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, vol. III, Padova, C.E.D.A.M., 1940; G. MONDAINI, *La legislazione coloniale italiana nel suo sviluppo storico e nel suo stato attuale (1881-1940)*, Milano, I.S.P.I., 1941; MINISTERO DELL'AFRICA ITALIANA, *La legislazione agraria dell'Africa italiana*, Roma, Libreria dello Stato, 1941. Elementi utili si trovano anche nel successivo T. MARINUCCI, *Repertorio delle disposizioni legislative e regolamentari vigenti nelle colonie italiane*, Roma, Mae-Oia, 1969.

⁽²⁾ E. CAPUZZO, *Per una storia degli organi consultivi dell'amministrazione coloniale italiana. La creazione del Consiglio coloniale*, in « Clio », 1995, 3; A. TRIULZI, *La*

nella letteratura straniera ⁽³⁾. Non mancano oggi lavori sull'impianto giuridico delle colonie italiane, sui vari sistemi di amministrazione adottati e sugli ordinamenti legislativi applicati nei vari territori d'oltremare ⁽⁴⁾. Al di là dei numerosi riferimenti, ci pare tuttavia mancare ancora un'analisi specifica che ricostruisca il processo di

colonia come spazio di esclusione, in « Quaderni fiorentini », 33-34 (2004-2005), *L'Europa e gli altri. Il diritto coloniale fra Ottocento e Novecento*; F. RENUCCI, *La strumentalizzazione del concetto di cittadinanza in Libia negli anni Trenta*, ivi, pp. 319-342; P. COSTA, *Il fardello della civilizzazione. Metamorfofi della sovranità nella giuscolonialistica italiana*, ivi, pp. 169-257; G. BASCHERINI, "Ex oblivione malum". *Appunti per uno studio sul diritto coloniale italiano*, in « Rivista critica del diritto privato », 2009, 27; ID., *La colonizzazione e il diritto costituzionale. Il contributo dell'esperienza coloniale alla costruzione del diritto pubblico italiano*, Napoli, Jovene, 2012; ID., *Colonizzazione e studio storico del diritto costituzionale*, in *Lontano vicino. Metropoli e colonie nella costruzione dello Stato nazionale italiano*, a cura di G. Bascherini e G. Ruocco, Napoli, Jovene, 2016, pp. 21-34. Volume, quest'ultimo, ricco di altri interventi sulla formazione del diritto coloniale italiano.

Per uno sguardo sintetico agli studi sull'Africa Orientale si rivelano utili, fra i molti a disposizione, A. VOLTERRA, *Verso la colonia Eritrea: la legislazione e l'amministrazione (1887-1889)*, in « Storia Contemporanea », 1995, 5, pp. 817-850; T. SCOVAZZI, *Assab, Massaua, Uccialli, Adua. Gli strumenti giuridici del primo colonialismo italiano*, Torino, Giappichelli, 1996; O. DE NAPOLI, *Tra progresso del diritto e turn to empire. Il percorso dei giuristi italiani di fronte al colonialismo da Mancini all'età giolittiana*, in « Italia contemporanea », 2014, 274.

⁽³⁾ Si vedano, ad esempio, M. BARRY HOOKER, *Legal pluralism. An introduction to colonial and neocolonial laws*, Oxford, Clarendon Press, 1975; W.J. MOMMSEN, J.A. DE MOOR, *European Expansion and law. The encounter of European and indigenous law in 19th and 20th century Africa and Asia*, Oxford-New York, Berg, 1992; L.A. BENTON, *Law and colonial culture, legal regimes in World history, 1400-1900*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002; M. KOSKENNIEMI, *Il mite civilizzatore delle nazioni. Ascesa e caduta del diritto internazionale 1870-1960*, Bari-Roma, Laterza, 2012.

⁽⁴⁾ T. MARINUCCI, C. COLOMBANO, *Il governo dei territori d'oltremare*, Roma, Mae-Oia, 1963; P. SARACENO, *La magistratura coloniale italiana (1886-1942)*, in *I magistrati italiani dall'unità antifascismo. Studi biografici e prosopografici*, a cura di Id., Roma, Carocci, 1988; G.P. CALCHI NOVATI, *Amministrazione e politica indigena in Libia nella prima fase del colonialismo italiano (1911-1919)*, in « Studi Urbinati di Scienze Giuridiche, Politiche ed Economiche », 57-58 (1988-89/1989-90), 41-42; V. PELLEGRINI, A. BERTINELLI, *Per la storia dell'amministrazione coloniale italiana*, Milano, Giuffrè, 1994; L. MARTONE, *A rullo di tamburo o a suon di tromba. Uno sguardo su alcune sentenze dei tribunali straordinari di guerra in Libia negli anni 1914-1915*, in « Studi Piacentini », XXXIV (2003), 2; E. CAPUZZO, *Tra sudditanza e cittadinanza: il caso della Libia*, in *L'Italia e la guerra di Libia cent'anni dopo*, a cura di L. Micheletta, A. Ungari, Roma, Studium, 2013, pp. 92-10.

trasformazione nella percezione dell'immagine del suddito al variare degli ordinamenti giuridici applicati in colonia. Intrecciare il succedersi degli ordinamenti con tale rappresentazione percepita e diffusa nella madrepatria contribuisce a dimostrare l'importanza attribuita al diritto. La formazione e l'applicazione delle leggi in colonia risultava un vero e proprio strumento di politica, impiegato anzitutto per legittimare la predominanza dei diritti degli italiani su quelli dei sudditi libici.

Sulla Quarta Sponda la popolazione assoggettata fu da subito non ritenuta in grado di poter ricevere l'ordinamento italiano in vigore. Ben prima di raggiungere la Libia, in Italia giuristi come Gennaro Mondaini sostenevano che « lo svolgimento storico del diritto coloniale mostra costantemente nella pratica, se non sempre nella teoria, il trionfo dei principi ormai tramontati nel diritto europeo »⁽⁵⁾. Appariva quindi pressoché inevitabile che, avvicinandosi all'Africa, una nazione europea avesse dovuto reinterpretare il diritto della madrepatria e proporre oltremare qualcosa di precedente, di ormai superato nel Vecchio Continente. « La moralità dell'espansione coloniale — proseguiva Mondaini nel 1907 — [...] è inferiore alla civiltà dei popoli colonizzatori: i metodi pratici della colonizzazione seguono costantemente un regresso atavico, una involuzione di tali popoli »⁽⁶⁾. Considerando le popolazioni da assoggettare ferme ad uno stadio evolutivo arretrato, si offriva quindi loro quello che si riconosceva essere un diritto obsoleto in Occidente. Ciò portò negli anni a sviluppare una serie di provvedimenti specifici per la Libia che differivano in buona misura da quelli della madrepatria ma anche dagli ordinamenti di altre colonie italiane. L'elaborazione di un insieme di leggi, soprattutto se predisposte da una nazione per una sua colonia, rispecchiava assai fedelmente l'interpretazione che si aveva delle popolazioni destinarie delle norme, dei loro costumi e della loro mentalità. L'esclusione, aprioristica e determinata, che l'ordinamento italiano potesse essere applicato in Libia senza profonde trasformazioni stava già da

⁽⁵⁾ G. MONDAINI, *Il carattere di eccezionalità nella storia del diritto coloniale e le nuove forme giuridiche di espansione territoriale nelle colonie*, in « Rivista Coloniale », II (gennaio-febbraio 1907), p. 7.

⁽⁶⁾ Ivi, p. 30.

sé ad indicare come l'immagine dei nuovi sudditi non potesse essere sufficientemente stimata e come risentisse anzi di profondi pregiudizi che facevano dei libici individui socialmente e culturalmente ancora poco elevati.

Le molteplici trasformazioni elaborate negli ordinamenti della Libia indicarono anzitutto i diversi approcci sviluppati nel tempo dal governo italiano verso le popolazioni locali, dando luogo ad altrettanto diverse interpretazioni degli stessi sudditi. Si riconobbe che l'ordinamento nazionale non potesse essere applicato senza sostanziali modifiche, ma anche che i nuovi colonizzati avessero un'evoluzione culturale superiore a quella delle popolazioni di altre colonie italiane (7). Sarebbe quindi servito qualcosa di nuovo e di diverso ed occorre del tempo prima di poter sviluppare ordinamenti completi. Alcune difficoltà, nel processo legislativo, furono portate anche dalla lentezza della penetrazione nel territorio e dalla mancanza di una completa ed effettiva sovranità italiana sulla popolazione. Fra le cause principali anche la permanenza, per alcuni anni, della sovranità religiosa turca sui libici. Ma resero complicato il procedimento anche la sovrapposizione di idee e concezioni differenti a Roma, ed il conseguente rapido avvicendamento di nuovi governatori in Tripolitania e in Cirenaica. Nel tempo si approntarono numerose modifiche ed integrazioni agli ordinamenti. Le motivazioni erano di varia natura, legate sia ai cambiamenti di governo avvenuti nella madrepatria, primo fra i quali il succedersi del fascismo a quello liberale, che agli avvenimenti e ai progressi coloniali. Le difficoltà della Guerra di Libia, la ribellione del 1914-1915, la prima guerra mondiale, la svolta fascista, le politiche internazionali furono alcuni dei momenti che portarono ad una revisione della legislazione coloniale.

La propaganda, sia liberale che fascista, insistette sulla presunta volontà di elevazione dei sudditi libici attraverso ordinamenti giuridici elaborati per migliorarne le condizioni e tutelarne i diritti. In realtà servì più spesso a mascherare quella che fu una costante volontà di netta separazione di metropolitani e libici in colonia,

(7) Nel 1913 Santi Romano lo affermava con determinazione nelle sue lezioni di diritto, poi raccolte e pubblicate in *Corso di diritto coloniale: lezioni dettate nel R. Istituto di Scienze Sociali C. Alfieri di Firenze e raccolte da D. Biscotti*, Roma, Atheneum, 1918, p. 135.

attribuendo ai secondi scarse libertà e diritti, sempre di second'ordine rispetto a quelli degli italiani. La legislazione coloniale, anche negli ultimi anni di occupazione, quando il fascismo reclamizzò grandi aperture nei confronti delle popolazioni della Quarta Sponda, dimostrò sempre la ferma intenzione di riconoscere i colonizzati su un piano di inferiorità e di subordinazione rispetto ai colonizzatori. A differenza di forme di integrazione adoperate da altre potenze coloniali, si negò sempre l'accesso di libici a cariche di prestigio, ad una cittadinanza vera e completa, a ruoli professionali che potessero comportare la minima subordinazione di italiani a libici. L'immagine che da questa analisi si può individuare è quella di un suddito sempre ritenuto culturalmente arretrato, non evoluto nelle sue percezioni giuridiche, e quindi non meritevole di un ordinamento che lo equiparasse in qualche modo ai metropolitani.

Per noi un diritto della barbarie non esiste, come non esiste la libertà d'ignoranza, non la libertà di delinquenza. Esiste un diritto fondamentale: quello che ha la civiltà di diffondere dovunque la sua potenza innovatrice come si diffondono la luce e il calore ⁽⁸⁾.

Il 7 marzo 1885, circa 26 anni prima di occupare la Libia, l'on. Bovio così si esprimeva in Parlamento in seguito ad un'interrogazione al Ministro degli Esteri circa la prima spedizione africana. Con pochissime parole egli riusciva a spiegare perfettamente ciò che mosse gli italiani in quegli ultimi anni dell'Ottocento a condurre i primi passi in Africa Orientale, e poi a spingerli verso la Libia quando ormai lo *scramble* sembrava essersi concluso. È interessante notare come un riferimento al diritto fosse quindi sin dai primi momenti parte integrante di quell'insieme di elementi che convinse a recarsi oltremare, nel tentativo di conquista di territori e di assoggettamento di popoli. Bovio faceva cenno ad una sorta di diritto internazionale, universalmente riconosciuto, che era quello di emancipare popolazioni ritenute non civilizzate. Il passaggio da non civilizzate ad inferiori, socialmente, culturalmente e giuridicamente, sarebbe avvenuto così in modo naturale, come conseguenza inevitabile di una simile convinzione. Quanto espresso da Bovio quando

⁽⁸⁾ Cit. nel testo curato da R. Rainero: A. GHISLERI, *Le razze umane e il diritto nella questione coloniale*, Milano, Marzorati, 1972, p. 75.

l'Italia era ancora lontana dalla Libia rifletteva quella mentalità che aveva posto le basi per un'espansione coloniale basata anche sul diritto. Era l'errore che Arcangelo Ghisleri, nel suo anticolonialismo, si sforzava di evidenziare: considerare la civiltà, o meglio la presunta superiorità di civilizzazione, come fonte di diritto, contro popolazioni ritenute non civili, o non sufficientemente civilizzate ⁽⁹⁾. Ciò non implicava tuttavia che si esportasse il proprio diritto nelle colonie. Si sentiva l'esigenza di crearne uno apposito, che tenesse conto delle peculiarità dei sudditi e che tutelasse soprattutto i metropolitani. Sulla scia di quanto creduto già oltre un venticinquennio prima dell'occupazione, ci si avvicinò quindi alla Libia con la convinzione che si potesse agire in modo libero, all'interno di uno spazio nel quale poter introdurre il diritto italiano ma con tutte le revisioni e le modifiche che il progresso e la cultura libici avrebbero suggerito. Come ha evidenziato Luigi Nuzzo, ci si attribuì cioè la

possibilità di fare delle colonie un luogo di eccezione, uno spazio in cui l'ordinamento giuridico dello stato veniva ad essere sospeso sul presupposto di un differente livello di civiltà e in cui i colonizzati erano compresi in un ordine giuridico che sarebbe difficile definire nuovo perché era semplicemente quello in vigore nell'Europa premoderna ⁽¹⁰⁾.

Del resto, Gennaro Mondaini ⁽¹¹⁾ aveva parlato di un ordinamento basato sul diritto feudale nel 1907, ad indicazione della necessità di un ritorno, appunto, a qualcosa di antiquato. Avanzare l'ipotesi di un diritto che richiamasse quello feudale era significativo e sottaceva la percezione del libico come una figura profondamente arretrata. Di « eccezione » ha parlato anche Luciano Martone ⁽¹²⁾, evidenziando come si ritenne opportuno apportare una serie di forti

⁽⁹⁾ Si veda A. GHISLERI, *Tripolitania e Cirenaica, dal Mediterraneo al Sahara*, Milano, Società Editoriale Italiana, Bergamo, Istituto Italiano d'Arti Grafiche, 1912.

⁽¹⁰⁾ L. NUZZO, *La colonia come eccezione. Un'ipotesi di transfer*, in « Rechtsgeschichte », 7 (2006), p. 55.

⁽¹¹⁾ G. MONDAINI, *Il carattere di eccezionalità nella storia del diritto coloniale e le nuove forme giuridiche di espansione territoriale nelle colonie*, in « Rivista coloniale », II (1907), pp. 7-8.

⁽¹²⁾ L. MARTONE, *Diritto d'oltremare. Legge e ordine per le colonie del Regno d'Italia*, Milano, Giuffrè, 2008.

modifiche all'ordinamento nazionale nella sua applicazione in colonia. Alessandro Triulzi ⁽¹³⁾ ha invece definito come « esclusioni » quelle applicate dal legislatore nell'estensione alla Libia delle leggi italiane, confermando comunque il concetto che vi fosse la netta persuasione che i libici necessitassero di qualcosa di diverso rispetto a quanto offerto ai cittadini metropolitani. Nonostante tale eccezionalità e la ferma convinzione di trovarsi di fronte ad una popolazione culturalmente assai inferiore, si ebbe tuttavia la pretesa di esporre i provvedimenti legislativi come rispettosi delle tradizioni locali, nonché di tutti quegli ambiti del diritto che nelle società islamiche erano regolati direttamente dalla religione. Si parlò inoltre assai spesso di cittadinanza, « italiana libica » prima, « italiana libica speciale » nell'epoca di Balbo. Ma non si ebbe mai qualcosa che fosse veramente simile ad una piena cittadinanza, assestandosi invece più marcatamente verso principi di sudditanza ⁽¹⁴⁾.

2. *Prime leggi, prime immagini: la fase liberale.*

Come si è rapidamente accennato, le difficoltà incontrate nel formulare e nell'applicare un diritto particolare in Libia furono di molteplice natura ⁽¹⁵⁾. Da un lato ci si dimostrava convinti che

⁽¹³⁾ TRIULZI, *La colonia come spazio di esclusione*, cit., p. 359.

⁽¹⁴⁾ Sulle oscillazioni fra i due concetti si vedano G.A. COSTANZO, *La condizione dei libici residenti in Italia che non hanno optato per la cittadinanza libica*, in « Giurisprudenza costituzionale », 1961, 1-2; E. CAPUZZO, *Sudditanza e cittadinanza nell'esperienza coloniale italiana nell'età liberale*, in « Clio », 1995, 2, recentemente ripreso con degli affondi proprio sulla Libia: ID., *Tra sudditanza e cittadinanza*, cit.; V. DEPLANO, *I confini dell'italianità. Cittadinanza e sudditanza coloniale nel progetto imperiale fascista*, in *Lontano vicino. Metropoli e colonie nella costruzione dello Stato nazionale italiano*, cit., pp. 201-224.

⁽¹⁵⁾ La misura in cui applicare il diritto ai sudditi e la loro posizione giuridica fu costante motivo di dibattito sulla pubblicistica del tempo e su numerose opere monografiche scritte durante l'intero periodo di occupazione. Fra quelle osservate si segnalano: E.L. CATELLANI, *La protezione dei diritti degli indigeni nella colonizzazione africana*, in « Rivista delle Colonie », 5 (1908), pp. 500-546; G. AUSENDA, *L'amministrazione generale della Libia e la partecipazione ad essa degli elementi locali*, in « Nuova Antologia », 1913, 920, pp. 330-339; G. SOLINAS DE LOGU, *Condizione giuridica e politica degli indigeni nella colonia Eritrea*, Sassari, G. Dessì, 1912; E. CERULLI, *Diritti indigeni ed etnologia giuridica delle nostre colonie*, in « Rivista Coloniale », 1918, 3, pp. 94-104 e 4,

quello per la Quarta Sponda dovesse essere un ordinamento *ad hoc*, ispirato da quello italiano ma diverso in alcuni suoi contenuti e soprattutto nei metodi applicativi. L'Italia si trovava poi di fronte ad una regione nella quale già esistevano, ed in parte si sovrapponevano, diversi diritti. A quello di impronta religiosa, basato su principi islamici, si aggiungeva quello israelitico, concesso alla vasta comunità locale, nonché quello ottomano. Quest'ultimo, se in alcuni aspetti era indicato dagli italiani come obsoleto, di fatto possedeva molti aspetti simili agli ordinamenti europei e, quindi, non si discostava troppo dai principi basilari di quello italiano.

In Libia, anzitutto, per il fatto che l'occupazione ha proceduto dalla costa all'interno e che nelle regioni costiere soltanto si è affermato sin da principio un governo civile con tutti i suoi organi amministrativi e giudiziari, il legislatore si è trovato di fronte ad organizzazioni preesistenti assai evolute, quelle cioè di centri quasi perfettamente islamizzati *ab antiquo* e a lungo governati dai Turchi. Riconoscendo perciò ai nativi le loro istituzioni giuridiche si trattava, in sostanza, di imitare quanto fanno gli stessi Stati musulmani in cui è penetrata la civiltà occidentale: distinguere le norme che attingono alla religione da quelle che ne sono o che ne possono essere estranee; lasciar sussistere integralmente la legge islamica in materia di

pp. 242-246; G. LA ROCCA, *Per l'ordinamento giuridico delle terre di tribù in Tripolitania e in Cirenaica*, in « La Rassegna Coloniale », I (ottobre-dicembre 1921), IV; A. CICCETTI, *Cittadinanza e successione nella legislazione coloniale italiana*, Tivoli, A. Chicca, 1924; H. SOLUS, *Le Régime des Indigènes dans les colonies françaises et l'organisation du travail de l'Afrique*, in *Colonie set pays de protectorat (non compris l'Afrique du nord) et pays sous mandat*, Paris, Recueil Sirey, 1927; S.M. CUTELLI, *Diritto corporativo e dominazione*, in *Atti del primo congresso di studi coloniali, Firenze 8-12 aprile 1931-IX*, R. Istituto Superiore di Scienze Sociali e Politiche « Cesare Alfieri », vol. V, Firenze, Giuntina, 1931, pp. 151-169; A. CROCETTA, *Il commissario regionale e la sua funzione di governo tra le popolazioni musulmane con special riguardo a quella della Tripolitania*, in *Atti del secondo congresso di studi coloniali, Napoli 1-5 ottobre 1934-XII*, vol. V, cit., pp. 231-240; R. SERTOLI SALIS, *Cittadinanza e successione delle colonie*, in *Nuovo Digesto Italiano*, vol. III, Torino, 1937, pp. 190-198; G. AMBROSINI, *La condizione giuridica dei libici dall'occupazione all'avvento del fascismo*, in « Rivista delle Colonie », XIII (1939), 1, pp. 170-195; ID., *Lo statuto dei nativi dell'Algeria e della Libia*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Padova, A. Milani, 1939; S. ILARDI, *Adeguamento legislativo all'evoluzione della coscienza razziale*, in « Rivista di diritto coloniale », 1939, pp. 652-655; *Leggi, Decreti-Legge e Regi Decreti. Costituzione dello stato civile per i libici*, in « Rivista di diritto coloniale », 1939, pp. 720-722; M. PAZZI, *Aspetti giuridici della politica razziale dell'Impero*, in « Rassegna Sociale dell'Africa Italiana », giugno 1939, pp. 655-661; V.S. VILLARI, *La condizione giuridica delle popolazioni coloniali (la cittadinanza adiectitia)*, Roma, Ulpiano, 1939.

statuto personale, familiare, successorio per cui si distingue in modo caratteristico e inconfondibile la società musulmana da ogni altra società; dare invece al diritto patrimoniale altre basi, quelle cioè del diritto italiano, salve parziali deroghe consistenti nel riconoscimento di singole consuetudini così in materia di proprietà come in quella delle obbligazioni; imporre senz'altro la legge italiana in materia penale, con pochissime norme che deviano da essa, alcune delle quali imposte dalla stessa considerazione dello statuto personale indigeno ⁽¹⁶⁾.

Anzitutto, come successivamente evidenziato da Adalgiso Ravizza, l'ordinamento legislativo ottomano aveva valore nelle sole zone costiere delle due regioni libiche poiché dell'interno i turchi avevano un possesso puramente formale, sfuggendogli in realtà il controllo reale dell'entroterra, ad eccezione dei nuclei urbani più grandi. « Sotto la dominazione turca quindi in Libia vigeva sì la legislazione ottomana, ma questa non era arrivata a distruggere nell'interno il rispetto delle vecchie consuetudini e tradizioni » ⁽¹⁷⁾. Ad una situazione già complessa, si aggiungeva una sostanziale scarsa conoscenza dell'elemento libico da parte italiana. Ciò rendeva non facile il lavoro del legislatore italiano nei primi mesi di occupazione. Se per la popolazione delle fasce costiere di Tripolitania e Cirenaica si poteva pensare ad una trasposizione dell'ordinamento italiano con le eccezioni o le esclusioni di cui si è accennato, nel profondo interno libico l'applicazione delle leggi sarebbe stata assai più difficile. Se ne ebbe consapevolezza ancor prima di poter effettivamente raggiungere quelle terre e se ne ebbe la progressiva conferma negli anni successivi.

I beduini sono quasi indipendenti — affermava Francesco De Martino nel 1912. — Le tribù nelle proprie controversie non invocano altra autorità che quella dei propri capi, e del resto, se anche avessero il desiderio di ricorrere ad altri giudici non ne troverebbero né sul luogo, né sui posti vicini, poiché dovrebbero recarsi a Bengasi o a Derna per trovare quel che si chiama un tribunale turco. I beduini regolano i propri disguidi in questa guisa: la norma generale e più comune è la legge della vendetta alla quale obbediscono e si votano l'offeso, tutti quelli della sua famiglia, tutti quelli della propria tribù non soltanto contro la persona dell'offensore ma anche contro qualsiasi dei membri della famiglia e della tribù di quest'ultimo ⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁶⁾ COLUCCI, *Estensione*, cit., pp. 242-243.

⁽¹⁷⁾ RAVIZZA, *La Libia*, cit., pp. 25-26.

⁽¹⁸⁾ F. DE MARTINO, *Tripoli, Cirene e Cartagine*, Bologna, Zanichelli, 1912, p.

Sarebbe stato difficile creare un ordinamento in grado di regolare al tempo stesso i libici delle fasce costiere, ritenuti più evoluti socialmente e già abituati a diritti di impronta europea, e le popolazioni dell'entroterra, legate a tradizioni ed usanze completamente diverse. E due immagini profondamente diverse erano mal assimilabili in un solo ordinamento giuridico. Qualche anno più tardi lo stesso Ravizza avrebbe sottolineato le difficoltà di disciplinamento delle popolazioni interne e dell'individuazione di un ordinamento in grado di tenere presenti le varie esigenze della Libia coloniale.

Mentre le popolazioni della costa e dei centri abitati osservavano la legislazione turca, quelle dell'interno avevano continuato a vivere secondo le loro consuetudini. [Queste], in quanto non contrastino con il nostro grado di civiltà, debbono essere tenute presenti nell'applicare le leggi del regno agli indigeni, nell'apportare modificazioni alle norme di diritto penale, nel valutare le circostanze discriminanti, minoranti o aggravanti, per cui, ad agevolare il compito del giudice e del legislatore e a render loro possibile una migliore sistemazione e soluzione del problema etnico-giuridico dell'Africa settentrionale, è di grande interesse la conoscenza delle consuetudini in parola ⁽¹⁹⁾.

Poste la Tripolitania e la Cirenaica sotto la sovranità piena ed intera del Regno d'Italia, (decreto del 5 novembre 1911), per mezzo di una serie di successivi decreti reali si iniziarono a regolare i rapporti di sudditanza nei confronti dei libici. La propaganda liberale mostrò i primi passi nella regolamentazione giuridica della nuova colonia come un immediato avvicinamento all'elemento locale, ispirato dalla volontà di tutelare le tradizioni locali e concedere relative autonomie. Una simile politica di vicinanza alla popolazione assoggettata fu propagandata per l'intero periodo di occupazione della Libia, particolarmente evidenziata anche in epoca fascista. Nel 1939 Gaspare Ambrosini avrebbe quindi potuto affermare come in questo primo periodo di produzione legislativa si risentì

degli elementi contrastanti che presiedettero, specie dal punto di vista internazionale col Trattato di Losanna del 18 ottobre 1912, all'acquisto della Libia, ed è caratterizzato da un sistema che, pur qualificando i libici come sudditi, attribuisce ad essi degli ampi diritti anche nell'amministrazione — diritti che i libici finiscono però per considerare non come una concessione

(19) RAVIZZA, *La Libia*, cit., p. 33.

della Metropoli, ma come diritti propri, originali, da esplicarsi sempre più ampiamente fino ad arrivare all'affermazione dell'autonomia ⁽²⁰⁾.

Era infatti convinzione del governo fascista che una eccessiva autonomia concessa ai libici nelle prime fasi dell'occupazione avesse poi portato agli Statuti del 1919, ritenuti dal Regime un grave errore di politica coloniale. Dai proclami indirizzati agli abitanti di Tripoli dopo l'occupazione della città già si potevano evincere i principi che l'Italia sosteneva di voler applicare in Libia. Dopo quelli del vice-ammiraglio Faravelli e del contrammiraglio Borea Ricci, rispettivamente del 6 e 7 ottobre 1911, il 13 ottobre si ebbe quello, più ampio, di Carlo Caneva. Oltre a garantire il rispetto delle leggi locali civili e religiose, delle persone e delle proprietà, delle donne e dei diritti e privilegi annessi alle opere pie e religiose, nonché l'abolizione della coscrizione, il proclama introduceva una bozza di organizzazione legislativa. « Da ora in avanti, o abitanti della Tripolitania, della Cirenaica, Fezzan e paesi adiacenti, voi sarete governati dai capi vostri, sotto l'alto patronato di S.M. il Re d'Italia, che Dio l'abbia nella sua guardia, incaricati di guidarvi secondo giustizia, ma con clemenza e dolcezza ». In realtà questi proclami erano molto generici e dimostravano l'incapacità di poter predisporre immediatamente linee certe di un ordinamento giuridico. Non si era ancora definito il rapporto che l'Italia doveva stabilire col paese che aveva cominciato ad occupare. Nel proclama Faravelli si parlava di « civile protezione » che il Re d'Italia avrebbe offerto ai libici; nel proclama di Caneva egli specificava: « queste cose rendo pubbliche affinché restino come il fondamento delle future relazioni fra protettori e protetti, fra italiani e abitanti di questo paese », chiarendo in sostanza che si indicavano dei principi di massima, dai quali solo in futuro sarebbe provenuta una legislazione precisa. « L'Italia vuole la pace e sotto la protezione dell'Italia e del suo Re, che Dio lo benedica, questa vostra terra rimanga terra dell'Islam, e su di essa sventoli il bianco, il rosso, il verde, in segno di fede, di amore e di speranza ». Da alcuni passi delle dichiarazioni si poteva persino pensare ad un rapporto di protettorato; una forma giuridica che avrebbe riconosciuto una permanenza di autonomia e l'instaura-

(20) AMBROSINI, *Lo statuto*, cit., p. 310.

zione del governo di uno o più capi locali. Poco dopo però il decreto del 5 novembre 1911 dimostrò un'impostazione ben più indirizzata al diretto dominio: « la Tripolitania e la Cirenaica sono poste sotto la sovranità piena e intera del Regno d'Italia » (21). I due *vilayet* ottomani si trasformavano così in territorio coloniale e la sua popolazione veniva conseguentemente a trovarsi nella condizione giuridica di sudditanza, con i soli diritti che sarebbero stati loro concessi dal potere sovrano della Metropoli.

Un decreto del 1913 (22) intervenne a regolare la condizione giuridica delle popolazioni libiche, stabilendo che tutti i musulmani residenti in Tripolitania ed in Cirenaica dovessero presumersi sudditi italiani e che tale sudditanza non potesse essere perduta senza autorizzazione del Governo. Il decreto esplicitava poi maggiori dettagli, indicando chi dovesse essere determinato suddito in base alla nascita, per vincolo di sangue, per matrimonio ecc. Tali sudditi venivano ammessi ad esercitare funzioni ed impieghi civili, sebbene rimanessero retti dal loro proprio statuto personale e successorio. Nel 1914 venne a completarsi l'ordinamento Bertolini, basato su due decreti del gennaio 1913 e gennaio 1914 (23). I maggiori riferimenti alla legislazione nei confronti dei sudditi libici erano contenuti nel decreto del 1914, che si concentrava sull'organizzazione amministrativa del territorio.

Nel forgiare siffatto ordinamento — riferiva lo stesso Bertolini alla Camera, il 3 febbraio 1914 — si è cercato di innovare il meno possibile le tradizionali forme di amministrazione, pur prevenendo il riprodursi degli inveterati abusi, di rendere semplice ed armonica la collaborazione dell'elemento indigeno coi funzionari italiani, di non specializzare l'opera di quest'ultimi, ma, come si conviene in colonia, di usufruirli per incombenze molteplici (24).

Gli accenti cadevano sull'attenzione italiana a conservare e tutelare le tradizioni locali e a non stravolgere le abitudini dei nuovi

(21) R.D. 5 novembre 1911, n. 1247.

(22) R.D. 6 aprile 1913, n. 315.

(23) R.D. 9 gennaio 1913, n. 39 e R.D. 5 gennaio 1914, n. 35.

(24) P. BERTOLINI, *Nel primo anno di vita del Ministero delle Colonie. Relazione dell'on. Pietro Bartolini Ministro delle Colonie allegata allo stato di previsione della spesa del Ministero delle Colonie per l'esercizio 1914-1915 presentata alla Camera dei Deputati il 3 febbraio 1914*, Roma, Bertero, 1914, p. VI.

sudditi. Al libico si attribuiva cioè l'immagine di una figura salvaguardata e tutelata, non soltanto giuridicamente, ma anche nella scelta di una legislazione che faceva dell'osservazione dei costumi locali uno dei suoi principi ispiratori. Non si dimenticava poi di sottolineare come il diritto italiano avrebbe riconosciuto loro ampie libertà personali ed amministrative, in contrasto con l'oppressione ottomana che lo aveva preceduto.

È infine da notare che [il nuovo ordinamento] consente alla popolazione indigena una legittima espressione di opinioni e aspirazioni, a cui le riforme di recente introdotte nel regime turco l'avevano pur chiamata e la quale, se commisurata alla realtà delle sue condizioni, non potrà che giovare al buon governo ed alla tranquillità della colonia. E con uguali intendimenti si è pur provveduto a porre a lato del governatore un ristretto numero di indigeni eminenti, ai quali egli, individualmente o collettivamente, possa chiedere parere e consiglio ⁽²⁵⁾.

Si avanzavano quindi le prime ipotesi di una collaborazione amministrativa con gli elementi locali, i cui riferimenti si trovavano già all'interno dell'Ordinamento Bertolini. Le parziali aperture, se da un lato erano pubblicizzate per dimostrare come l'Italia avesse avviato in Libia una certa collaborazione nell'amministrazione della colonia, dall'altra sembravano ancora incompatibili con le esperienze di applicazione legislativa che si registravano sulla Quarta Sponda. Il giudice Giuseppe Garrone raccontava ad esempio alla madre, nel 1914, come gli arabi si dimostrassero particolarmente stupiti di non riuscire a corrompere i funzionari italiani come, si riteneva, fossero abituati a fare durante la dominazione di Costantinopoli.

Sapete la cosa che, quanto all'amministrazione della giustizia, colpisce più gli arabi in questo paese? Che non sia possibile « comperare » il giudice. Sotto i Turchi non era così. « Chi aveva il pugno d'oro » mi hanno detto i miei assessori, « aveva sempre ragione su chi l'aveva d'argento o di bronzo, e ancora non ci pare vera l'imparzialità del giudice! » ⁽²⁶⁾.

Ciò contribuiva, nell'immaginario italiano, a rappresentare un suddito della Libia come arretrato e semplice, ben lontano dalla

⁽²⁵⁾ *Ibidem*.

⁽²⁶⁾ G. GARRONE, *Pinotto alla madre. Tabruna, 27 luglio 1914*, in ID., E. GARRONE, *Lettere e diari di guerra 1914-18*, Milano, Garzanti, 1974, p. 75.

complessità giuridica europea. Ed in quanto tale, le attenzioni del legislatore verso la loro autonomia ed il rispetto di alcune loro tradizioni sembrava allora superfluo o quanto meno eccessivo.

Sono riuscito or ora a conciliare due arabi, che pareva dovessero mangiarsi vivi, tanto erano feroci perché l'uno aveva introdotto nella casa dell'altro...un'asina, e non voleva più riportarsela via. Ridete? Quanti di questi casi ridicoli mi capitano ogni giorno e quante volte vorrei che mi vedeste col mio interprete al fianco circondato da arabi, beduini ed ebrei, che fanno a gara nell'urlare e nell'insolentirsi, ma quando vedo vano ogni sforzo mediato, allora mi alzo in piedi e urlo a mia volta in italiano e in piemontese e muovo gambe e braccia e corpo come un forsennato fino a incutere paura di guai indefinibili, e appunto per ciò tanto più temibili, e a ottenere quello che voglio ⁽²⁷⁾.

Del resto ai libici, al momento, si era concesso soltanto la facoltà di partecipare all'amministrazione locale per mezzo della creazione di un « Comitato consultivo indigeno » in Tripolitania ed uno in Cirenaica. Ben poca cosa e prettamente formale.

Le due sole funzioni concepibili presso popolazioni primitive, con qualche traccia ancora di nomadismo e sempre senza nessun principio di vita sociale, sono la giustizia e la polizia. Al di fuori di questo non vi sono che parole, e vane parole, di illusi e di ambiziosi ⁽²⁸⁾.

Nel 1916 si sarebbero riconosciute le Comunità e le Università israelitiche, con la conseguente facoltà degli ebrei libici, sulla base di una rappresentanza ufficiale legalmente riconosciuta, di far conoscere al Ministero delle Colonie le eventuali esigenze di questa componente della popolazione. L'anno seguente ai « Comitati consultivi indigeni » ⁽²⁹⁾ si affiancò un « Comitato consultivo centrale italo-libico » in seno alle Colonie. La prima guerra mondiale congelò gran parte delle iniziative giuridiche e legislative, come del resto ogni altro ambito di attività e di organizzazione in Libia. Per il governo fascista sarebbe stato questo l'inizio del periodo del « rilassamento » e « quasi dell'abdicazione della sovranità della Metropoli » ⁽³⁰⁾. Nel

⁽²⁷⁾ G. GARRONE, *Pinotto alla famiglia. Tripoli, 17 febbraio 1914*, ivi, p. 62.

⁽²⁸⁾ G. GARRONE, *Pinotto al padre. Tripoli, 14 febbraio 1915*, ivi, p. 107.

⁽²⁹⁾ Per un raffronto con altre realtà coloniali fuori dall'Italia nell'ottica del tempo si veda A. MORI, *I corpi consultivi nell'amministrazione coloniale negli stati d'Europa*, Roma, Carlo Colombo, Tipografia della Camera dei Deputati, 1912.

⁽³⁰⁾ AMBROSINI, *Lo statuto*, cit., p. 310.

1917, nelle norme complementari ⁽³¹⁾ all'ordinamento giuridico, si decideva di dare ai giudici grande libertà di applicazione e di adattamento delle leggi al contesto locale della Libia. Il provvedimento tradiva un'insufficienza dell'ordinamento in vigore ed una scarsa compatibilità con le esigenze riscontrate quotidianamente in colonia.

Nell'adattare le leggi alle condizioni locali, il giudice deve con la sua decisione fissare il principio che meglio disciplini i rapporti controversi, apportando alle leggi quelle modificazioni che, se egli fosse stato legislatore, avrebbe stabilite per regolare gli stessi rapporti di diritto ⁽³²⁾.

Nel 1931 Adalgiso Ravizza avrebbe evidenziato il significato del provvedimento come dimostrazione di una lacuna evidente nell'ordinamento giuridico della Libia. « Tale disposizione [...] dava addirittura al giudice una potestà legislativa che gli permetteva di sostituire a norme vigenti quelle più appropriate alla mentalità degli indigeni » ⁽³³⁾. Non si era ancora riusciti a dar vita a ciò che si auspicava da anni: un ordinamento adatto alla Libia, alle sue realtà e ai suoi abitanti, il cui grado di evoluzione si ribadiva non essere quello raggiunto dai metropolitani. Tale libertà concessa ai giudici sarebbe rimasta in vigore almeno sino al 1928.

Nel 1918, nella *Relazione per il Dopoguerra nelle Colonie* ⁽³⁴⁾, si affermavano chiaramente i principi di apertura al coinvolgimento

⁽³¹⁾ Approvate con R.D. 15 aprile 1917, n. 938.

⁽³²⁾ R.D. 15 aprile 1917, n. 938. Sulla libertà interpretativa di giudici e magistrati in ambito coloniale si veda I. TAMBARO, *L'ordinamento giudiziario delle nostre colonie*, in *Atti del secondo congresso di studi coloniali. Napoli 1-5 ottobre 1934*, cit., p. 164 e ss.; G. DEL VECCHIO, *Giurisprudenza e colonie*, in *Atti della XXV Riunione della Società Italiana per il Progresso delle Scienze. 1° Raduno Coloniale della Scienza italiana (Tripoli 1-7 novembre 1936)*, Roma, 1937; P. SARACENO, *La magistratura coloniale italiana*, in « Clio » (1986), 2; E. CAPUZZO, *Sulla giustizia amministrativa nelle colonie italiane*, in « Clio » (1996), 2; L. MARTONE, *Giustizia coloniale. Modelli e prassi penale per i sudditi d'Africa dall'età giolittiana al fascismo*, Napoli, Jovene, 2002; E. AUGUSTI, *Da Asmara a Tripoli (1899-1922): William Caffarel e l'amministrazione della giustizia oltremare*, in *Governare l'Oltremare. Istituzioni, funzionari e società nel colonialismo italiano*, a cura di G. Dore, C. Giorgi, M.A. Morone, M. Zaccaria, Roma, Carocci, 2013.

⁽³³⁾ RAVIZZA, *Aspetti*, cit., p. 206.

⁽³⁴⁾ GOVERNO DELLA TRIPOLITANIA, *Per dopo la guerra. Relazione ed atti della commissione nominata con decreto di S.E. il Governatore in data 18 maggio 1918*, Tripoli, Nuove Arti Grafiche, 1918.

dell'elemento locale nella gestione amministrativa della Libia. Gli stessi principi che avrebbero portato, in brevissimo tempo, alla concessione degli Statuti. « La Commissione ritiene che uno dei rami della pubblica amministrazione che più ha importanza su tutte le condizioni politiche, sociali ed anco economiche, sia quello dell'Amministrazione della giustizia »⁽³⁵⁾, si affermava. Nell'elenco degli adempimenti necessari e della pianificazione suggerita vi era quindi un punto che invitava ad una « maggiore partecipazione degli indigeni all'amministrazione della giustizia — previo un oculato sistema diretto ad accrescere la cultura dei nativi sotto il controllo dell'autorità italiana »⁽³⁶⁾. La *Relazione* conteneva tuttavia molti altri temi di fondamentale importanza per comprendere la svolta giuridica che portò ad una parziale e formale apertura nei confronti dei libici. Uno dei punti più discussi nei primi mesi del dopoguerra riguardò l'eventualità di concedere la cittadinanza italiana ai sudditi e quali caratteri questa dovesse assumere.

La questione se sia opportuno accordar una forma di cittadinanza agli indigeni è delle più gravi, perché involge il più importante problema politico-giuridico-sociale della colonizzazione. Sono noti i sistemi che nelle diverse colonie sono stati tentati circa il trattamento giuridico degli indigeni: si è tentata ogni via, si è andati da un eccesso all'altro nelle stesse colonie del Nord Africa. L'esperienza, se non ha fornito una soluzione precisa e indiscutibile, ha però persuaso di abolire tanto il sistema dell'assimilazione completa, quanto quello di una autonomia assoluta: si è, per contro, venuti ad accostarsi ad un sistema misto di graduale cooperazione economico-morale fra indigeni e colonizzatori⁽³⁷⁾.

Propendendo, la Commissione, per un compromesso collaborativo fra le due parti, si notavano le difficoltà nell'individuare un ordinamento capace di garantire una simile compartecipazione dei libici al governo. I principi wilsoniani ed il nuovo spirito di collaborazione delle nazioni non potevano non raggiungere anche le colonie e l'immagine del libico diventava adesso quella di un elemento da coinvolgere nell'organizzazione amministrativa e, in conseguenza di ciò, occorreva nuovamente metter mano agli ordinamenti giuridici. Si escludeva tuttavia una completa assimilazione dei

⁽³⁵⁾ Ivi, p. 26.

⁽³⁶⁾ *Ibidem.*

⁽³⁷⁾ Ivi, pp. 32-33.

libici, appellandosi alle profonde differenze fra essi ed i metropolitani. Queste non erano adesso riportate in tono dispregiativo come in precedenza e come sarebbe stato fatto anche successivamente. Del resto però, si prendeva atto che gli stessi libici avessero probabilmente subito una limitazione della loro autonomia rispetto al periodo ottomano. Questa affermazione era in netto contrasto con quanto sostenuto dalle propagande sia liberale che fascista.

D'altro canto non si può disconoscere che, per la Libia, la questione meriti un serio esame, specialmente perché è noto come la parte eletta della popolazione indigena ritenga di avere, sotto il regime italiano, che pur proclamò solennemente il principio dell'uguaglianza e della libertà, perduto alquanto del regime di libertà accordatole dal governo ottomano, dopo la proclamazione della costituzione. Né possiamo dissimularci come i cosiddetti intellettuali arabi rilevano che oggi non esercitano più il diritto politico di elettorato e di eleggibilità al Parlamento, non esercitano, a differenza di prima, funzioni pubbliche, nelle amministrazioni di governo, della giustizia e specie nella milizia ⁽³⁸⁾.

La Commissione aveva individuato le reali condizioni in cui erano stati posti i libici dopo l'occupazione italiana. Sembrava che improvvisamente ci si fosse resi conto delle imposizioni cui i sudditi coloniali erano stati costretti e non senza valutare le difficoltà di rapide trasformazioni per un miglioramento della situazione.

Ora, se ben si comprende che politicamente sia arduo compito ottenere una vera reale pianificazione, senza tener conto delle condizioni preesistenti e dello stato reale della evoluzione delle popolazioni nei maggiori centri, pare tuttavia evidente che un prudente graduale avviamento ad elevare la condizione giuridica e sociale dell'elemento indigeno, sia la soluzione più pratica ⁽³⁹⁾.

La Commissione aggiungeva un monito che si sarebbe rivelato di fondamentale importanza: « evitare però di concedere troppo per restringere i freni più tardi. Meglio procedere per gradi, man mano che l'influenza civilizzatrice, e i mezzi più efficaci d'istruzione lo consentano » ⁽⁴⁰⁾. L'aver concesso troppo sarebbe stata la piena convinzione del fascismo che avrebbe fatto del presunto fallimento della Legge Fondamentale il proprio cavallo di battaglia, dimo-

⁽³⁸⁾ Ivi, p. 33.

⁽³⁹⁾ Ivi, pp. 33-34.

⁽⁴⁰⁾ Ivi, p. 34.

strando la debolezza e l'inefficacia dei provvedimenti liberali. L'auspicio della Commissione di allargare i diritti dei libici fu soddisfatto di lì a breve con la promulgazione degli Statuti, la Legge Fondamentale per la Tripolitania e la Cirenaica che, in linea teorica, avrebbe garantito ai libici una certa partecipazione al governo della colonia. Nell'occasione si disciplinò anche una nuova cittadinanza italiana libica ⁽⁴¹⁾, che rispecchiava un compromesso sulla via indicata dalla Commissione. Ma fissando i diritti e i doveri dei nuovi cittadini parve subito evidente come i progressi fossero più formali che materiali. Non si trattava infatti di cittadinanza italiana metropolitana, sebbene non si parlasse più di sudditanza. Come osservato da Florence Renucci, « la concessione delle Norme fondamentali (Statuti) per la Tripolitania e la Cirenaica sembra disegnare un rapporto completamente nuovo dell'Italia con le popolazioni libiche » ⁽⁴²⁾. Sulla forma che si voleva far assumere alla nuova cittadinanza il Ministro delle Colonie Luigi Rossi così presentò il Decreto alle Camere:

Si concesse, in sostanza, con quel decreto, una cittadinanza italiana speciale o locale: o, meglio ancora, una cittadinanza che si può chiamare libica e che dà in Libia diritti uguali a quelli degli italiani dimoranti in quelle terre. Ma fu fatto salvo il rispetto dello statuto personale e successorio, che si volle lasciar integro, come parte inviolabile della fede, alla quale è, infatti, strettamente connesso per tutti i popoli di stirpe semitica. Quindi, il riconoscimento delle guarentigie personali e sociali e, in genere, di tutte le libertà statutarie che sono ormai comune patrimonio dei popoli civili. Quindi, un riconoscimento di libertà politiche, non uguali, ma equivalenti a quelle dei paesi liberi ⁽⁴³⁾.

Rossi introduceva il concetto di equivalenza per connotare il nuovo provvedimento di trasformazione della sudditanza in cittadinanza. L'equivalenza, piuttosto che l'uguaglianza, rappresentava quindi una sorta di aggiramento del problema dell'ampliamento dei diritti. Si voleva affermare che si erano concessi i giusti diritti ai libici, in forma equivalente a quelli che possedevano i metropolitani.

⁽⁴¹⁾ Art. 1 e art. 3 del R.D.L. 1 giugno 1919, n. 931; art. 1 e art. 3 del R.D.L. 31 ottobre 1919, n. 2401.

⁽⁴²⁾ RENUCCI, *La strumentalizzazione*, cit., pp. 319-320.

⁽⁴³⁾ AP, CD, *Documenti*, sessione 1919-20, n. 605, p. 1, cit. in CAPUZZO, *Tra sudditanza*, cit., pp. 102n-103n.

In realtà quindi si manteneva una ferma separazione fra le due componenti demografiche della Libia, rimarcando, pur non connotandola negativamente in questa occasione, la profonda differenza tra le due popolazioni.

E uguali non si vollero per tener conto delle differenze grandi nei caratteri delle stirpi, nelle condizioni di luogo e di sviluppo civile, nel costume e nella tradizione. Libertà politiche che si possono sintetizzare in questi istituti: autonomia amministrativa con la creazione degli organi adatti alla sua esplicazione, fra i quali un piccolo Parlamento locale, e Consigli con poteri deliberanti intorno ai capi delle circoscrizioni di vario grado; diritto elettorale attivo e passivo; potere di decidere sulla riscossione dei tributi e sulla erogazione delle spese nella parte ordinaria del bilancio ⁽⁴⁴⁾.

Mantenuta una distanza, che sembrava indispensabile per ogni osservatore italiano, con il nuovo ordinamento giuridico i libici sembravano tuttavia più vicini ai colonizzatori. Si parlava di « affratellamento italo-arabo », di « idillio », sostenendo come l'Italia fosse « tra le nazioni vittoriose l'unica che ha una sincera vocazione arabofila e l'unica che può sposare la causa della razza araba e delle nazioni arabizzate » ⁽⁴⁵⁾. Lo Statuto avrebbe portato ai libici « larghe libertà politiche e rappresentative » ⁽⁴⁶⁾ ma, al tempo stesso, anche qualche altro vantaggio indiretto. Un simile « affratellamento » era ritenuto « il *porro unum* per conquistare la via libera della Libia verso la regione dei grandi *laghi redentori* » ⁽⁴⁷⁾. L'evoluzione giuridica dava la possibilità al governo di avviare un'intensa propaganda, come valorizzatore e sostenitore dei diritti dei libici e degli arabi in generale. I comitati consultivi locali furono aboliti a decorrere dal 1 maggio 1920 ⁽⁴⁸⁾, lasciando il posto ai due Parlamenti libici, il tripolitano ed il cirenaico, i quali intendevano rappresentare, secondo quanto pubblicizzato, un tentativo verso l'attiva partecipazione dell'elemento locale al governo delle colonie, nonché l'istituzione di organi locali, ordinati secondo l'esempio degli organi

⁽⁴⁴⁾ *Ibidem*.

⁽⁴⁵⁾ *L'affratellamento italo-arabo*, in « L'Illustrazione Coloniale », agosto 1919, p. 41.

⁽⁴⁶⁾ *Note e notizie. La concessione dello Statuto in Tripolitania*, in « L'Illustrazione Coloniale », luglio 1919, p. 33.

⁽⁴⁷⁾ *L'affratellamento italo-arabo*, cit., p. 43.

⁽⁴⁸⁾ R.D. 22 luglio 1920, n. 1085.

legislativi metropolitani sebbene dotati di una potestà legislativa limitata. Se le istituzioni locali subivano così alcune profonde trasformazioni ciò sarebbe comunque stato giustificato dall'evoluzione dell'immagine del libico che si sosteneva aver introdotto. Giulio Da Re parlò di « regresso e convertimento profondo nel loro carattere, un annullamento della subbiettività, necessario all'azione del diritto obiettivo nuovo, e alla costituzione di quei nuovi elementi su cui si fonderà lo stato futuro » (49). Il Parlamento in Tripolitania non fu mai aperto e quindi i vari ordinamenti emanati non ebbero mai da esso alcuna approvazione. In Cirenaica, dopo una prima sessione in cui si approvarono alcuni ordinamenti, l'attività del Parlamento andò in breve tempo a scomparire. Alle promettenti teorie e alla rapida costituzione dei Parlamenti non seguì quindi alcun risultato concreto. Uno scetticismo di fondo in alcuni ambienti italiani, la reticenza ad applicare i nuovi provvedimenti ed il mai sanato contrasto fra colonizzatori e colonizzati fecero sì che il progetto non prendesse mai reale avvio. Nel giro di pochi mesi si tornò alle condizioni dell'ordinamento precedente, con anzi forse maggiori disorganizzazione ed incertezze. Da un punto di vista legislativo, l'abrogazione definitiva dei Parlamenti si sarebbe avuta soltanto nel 1927. La legge del 26 giugno n. 1013 avrebbe annullato quelle di costituzione dei due organi libici ed avrebbe affidato al governo metropolitano l'esercizio della potestà legislativa nei confronti della colonia, da attuarsi per mezzo di decreti reali, su proposta del Ministro delle Colonie, sentito il Consiglio Superiore Coloniale. Si sarebbe poi affidato al governo locale l'esercizio della facoltà regolamentare con possibilità di esercitare i propri poteri sempre sotto il controllo preventivo e repressivo del Ministro delle Colonie, che aveva facoltà di annullare gli atti e i provvedimenti del Governatore.

Se già negli ultimi mesi di governo liberale si avanzarono critiche alla concessione degli Statuti, gran parte della politica coloniale del fascismo si basò proprio sulla condanna di questo ordinamento giuridico e alla volontà di riscattare il prestigio italiano, giudicato profondamente compromesso dall'avvicinamento ai suditi libici. Da un punto di vista legislativo si apriva una lunga fase

(49) G. DA RE, *Il diritto alla colonizzazione*, in « Rivista Coloniale », XIV (1919), p. 556.

nella quale non si produsse alcun ordinamento alternativo, ma di fatto non si attuò quello promulgato nel 1919. Facevano eccezione alcune funzioni ed aspetti legati alla cittadinanza formale rimaste in vigore, ma all'atto pratico si era tornati a quello precedente.

In sostanza le maggiori potestà conferite ai Parlamenti riguardavano la materia finanziaria, per la quale i Parlamenti avevano un limitato diritto d'iniziativa; per il resto le loro funzioni si restringevano ad indicare al governo il migliore uso dei fondi stanziati nel bilancio coloniale per i servizi pubblici civili, ed a ratificare gli ordinamenti da emanarsi con decreto reale, in applicazione dei principi contenuti negli statuti, ma nessuna iniziativa avevano i Parlamenti in questo campo, ove maggiormente il loro intervento avrebbe potuto determinare una fruttuosa evoluzione dell'ordinamento sociale verso forme più civili ⁽⁵⁰⁾.

Nel 1930 Mario Comba avrebbe riconosciuto come, anche qualora i Parlamenti fossero riusciti ad entrare in effettiva funzione, i loro poteri sarebbero stati modesti e non assimilabili a quelli di tipo europeo. La sua era una critica consapevole che quanto offerto ai libici era comunque poca cosa. La propaganda fascista tendeva invece a riconoscere gli Statuti come delle grandi concessioni verso l'elemento locale, non ripagate della collaborazione e della fedeltà dei sudditi stessi.

L'introduzione dei Parlamenti libici non modificò il regime legislativo delle due colonie, data la loro limitata potestà legislativa che li autorizzava ad approvare determinate norme quando già elaborate a livello governativo. Essendo compito dei Parlamenti quello di esaminare le norme dettate dagli organi metropolitani e nel darne il benestare, di fatto il potere legislativo si rendeva quindi efficiente mediante la non approvazione delle disposizioni loro sottoposte ⁽⁵¹⁾.

Proporre ai libici una forma di partecipazione al governo della colonia, ancora in Comba, non sarebbe stato un errore così grave come per l'opinione diffusa dal fascismo. Il motivo era da ricercarsi nello stesso carattere dei libici, delle loro esperienze e delle loro peculiarità legate alla religione. Per Arnaldo Cicchitti, in modo assai più semplice, i Parlamenti erano stati una trasformazione, più formale che reale, dei Comitati consultivi già precedentemente in essere.

⁽⁵⁰⁾ COMBA, *La potestà legislativa*, cit., p. 69.

⁽⁵¹⁾ *Ibidem*.

A molti parve che l'istituzione di Parlamenti locali fosse una novità senza alcun precedente nell'ordinamento delle colonie italiane e certo, se nella forma e con la funzione con cui tali Parlamenti furono creati, si riconosceva in essi l'instaurazione di un nuovo sistema politico coloniale. Più concretamente si trattava di una trasformazione dei comitati consultivi indigeni già costituiti in seguito al R.D. 11 marzo 1927, n. 469 ⁽⁵²⁾.

Badoglio, in una discussione sulla Libia al Senato il 18 luglio 1922, aveva affermato che « i ribelli non erano in grado di comprendere l'atto generoso di chi, avendo a propria disposizione oltre 80.000 uomini e mezzi bellici poderosi, dimostrava tale ardente desiderio di concludere l'accordo, tale arrendevolezza nel cedere alle pretese arabe, tale larghezza nel promettere e subito concedere onori e danari ai capi sino allora ribelli... » ⁽⁵³⁾. Sarebbe stata questa la posizione assunta dal fascismo per tutto il corso dell'occupazione della Libia. Quelli che si erano, per poco tempo, definiti cittadini libici, grazie all'ordinamento giuridico del 1919, sarebbero divenuti « ribelli », termine che concentrava in sé la visione fascista dei sudditi, elementi da assoggettare senza nessun riconoscimento giuridico. Sarebbero stati gli stessi libici, nelle opinioni prevalenti in questo periodo, a premere per ottenere maggiori diritti e maggiori garanzie nel 1919. Ed un'Italia debole ne avrebbe concessi più del dovuto, alimentando la tendenza ad una ribellione che già nell'immediato avvento del Regime si era prospettata in Libia.

L'immagine del libico, anche per mezzo di una netta revisione degli ordinamenti giuridici, stava facendo un repentino passo indietro, tornando ad essere quella di un semplice suddito, quando non un ribelle, da disciplinare e sottomettere con le maniere forti.

3. *Diritto e razzismo: la fase fascista.*

Il fascismo dimostrò ben presto di voler ottenere il pieno controllo sulla colonia, sia da un punto di vista territoriale che di amministrazione ed esercizio del governo. Si tese da subito ad escludere la partecipazione di libici alla gestione coloniale e progres-

⁽⁵²⁾ CICCHITTI, *Cittadinanza e sudditanza*, cit., p. 165.

⁽⁵³⁾ A. AUSIELLO, *La politica italiana in Libia*, Roma, Scuola Tipografica Don Luigi Guanella, San Giuseppe al Trionfale, 1939, p. 161.

sivamente si analizzarono le riforme giuridiche da intraprendere. L'osservazione del diritto locale tradizionale non venne abbandonata, sebbene ne cambiasse la principale motivazione. Se in passato si era fatto qualche, pur debole, tentativo di conciliare gli ordinamenti giuridici con le tradizioni arabe, ottomane ed ebraiche, adesso occorreva una più approfondita conoscenza possibile dei sudditi per poter penetrare più efficacemente nelle loro mentalità. Era parte integrante dei progetti di conquista completa della Quarta Sponda. Si era aperto quello che Gaspare Ambrosini avrebbe definito il « terzo periodo della condizione giuridica dei libici », che sarebbe iniziato con l'avvento al potere del fascismo e proseguito sino al marzo 1937 (secondo viaggio di Mussolini in Libia).

Segna l'abolizione dell'elettoralismo, dei compromessi senussiti e di ogni autonomia locale, e la ripresa della sovranità della Metropoli, con la repressione della ribellione, la pacificazione piena ed assoluta di tutto il paese e l'instaurazione del sistema di governo diretto; nel quale sistema i libici continuano ad essere qualificati 'cittadini italiani libici', conservando però solo quei diritti che non limitano né compromettono l'azione di governo e di amministrazione degli organi metropolitani ⁽⁵⁴⁾.

Si riconosceva quindi come la cittadinanza italiana libica, formalmente conservata, altro non fosse che un mero riconoscimento, poiché nessun diritto dei sudditi avrebbe dovuto ostacolare la risoluta azione fascista in colonia. Massimo Colucci, nel 1924, auspicando una « migliore conoscenza delle popolazioni indigene » ⁽⁵⁵⁾, faceva esplicito riferimento anche al diritto consuetudinario locale, come componente rilevante della società libica.

Perché nelle nostre colonie non si studiano — come si conviene a nazione che ha tradizioni splendide di cultura in genere e di cultura giuridica in ispecie — i diritti consuetudinari delle genti che le popolano? Le regioni che noi occupiamo in Africa offrono all'etnologo-giurista un campo dei più attraenti ed in gran parte inesplorato: Berberi ed Arabi nella Libia ⁽⁵⁶⁾.

⁽⁵⁴⁾ AMBROSINI, *Lo statuto*, cit., p. 310. Il primo, nella ricostruzione dell'autore, andava dall'occupazione al 1919, il secondo dal 1919 all'avvento del fascismo, il terzo dall'avvento del fascismo al marzo 1937, il quarto dal marzo 1937 al momento in cui egli scriveva, nel 1939.

⁽⁵⁵⁾ M. COLUCCI, *Per una migliore conoscenza delle popolazioni indigene*, in « L'Idea Coloniale », I (15 novembre 1924), 23.

⁽⁵⁶⁾ *Ibidem*.

Si riteneva che una più profonda conoscenza avrebbe portato più vantaggi, fra i quali anche il riconoscimento degli strumenti giuridici più adatti al controllo e al governo dei sudditi.

Il diritto consuetudinario delle tribù cirenaiche merita un accurato studio che lo porti a conoscenza degli studiosi come dei legislatori e amministratori della colonia: i primi vi potranno trovare elementi preziosi per una migliore sistemazione e soluzione dei problemi etnico-giuridici dell'Africa settentrionale; i secondi potranno trovare in esso il processo logico che guida le tribù nella pace e nella guerra, ed infine la base a qualsiasi riforma legislativa, la quale deve avere come presupposto la conoscenza delle consuetudini indigene, sia che essa miri al loro riconoscimento, sia che si proponga la loro eversione ⁽⁵⁷⁾.

Nella stessa direzione, il Conte Volpi di Misurata, governatore della Tripolitania dal 1921, trovò conveniente appellarsi al Corano e alle prassi consuetudinarie libiche per intraprendere una larga campagna di indemanamenti dei terreni della regione occidentale. L'idea non era completamente nuova poiché già nei primi mesi di occupazione si procedette agli accertamenti fondiari per constatare le proprietà effettive e procedere ad alcuni espropri. Ed erano già stati rintracciati gli appigli giuridici per azioni di indemanamento: « il sistema della espropriazione per causa d'incoltura — aveva scritto Giovanni Curis nel 1914 — è conforme ai più puri principi del diritto religioso e civile musulmano, e, perciò, appare giuridicamente e politicamente inattaccabile » ⁽⁵⁸⁾. Egli tuttavia aveva previsto che appellarsi al principio islamico, conferendogli un'interpretazione molto ampia, avrebbe potuto dare il via ad una serie di espropri troppo grande ed invitava quindi a non « turbare troppo

⁽⁵⁷⁾ M. COLUCCI, *Il diritto consuetudinario delle tribù della Cirenaica*, in « Rivista delle Colonie Italiane », XXII (1927), 1, p. 37.

⁽⁵⁸⁾ G. CURIS, *Studio sulla proprietà fondiaria in Libia contenente in appendice la legislazione fondiaria ottomana tradotta e annotata e quella italiana*, Napoli, Jovene, 1914, p. 200. Per la ricostruzione delle fasi della colonizzazione intrapresa mediante i processi di indemanamento si vedano C.G. SEGRÈ, *L'Italia in Libia. Dall'età giolittiana a Gheddafi*, Milano, Feltrinelli, 1978; A. DEL BOCA, *Gli Italiani in Libia. Tripoli bel suol d'amore 1860-1922*, Roma-Bari, Laterza, 1986; L. MARTONE, *Dominio coloniale e proprietà fondiaria: la formazione del demanio italiano in Libia (1911-1923)*, in « Quaderni Fiorentini », 33-34 (2004-2005), *L'Europa e gli altri. Il diritto coloniale fra Ottocento e Novecento*; F. CRESTI, *Non desiderare la terra d'altri. La colonizzazione italiana in Libia*, Roma, Carocci, 2011.

violentemente le condizioni degli indigeni, e non dar luogo a proteste e ostilità » (59). Poco meno di dieci anni più tardi, per favorire la colonizzazione italiana si decise di impadronirsi di terre apparentemente incolte creando lotti di proprietà demaniale da assegnare a privati metropolitani che volessero intraprendere la loro attività in Libia. Per gran parte si trattava di terreni che i libici utilizzavano per le loro coltivazioni irregolari o per le transumanze degli allevamenti. Terre utili quindi alla sussistenza ma non stabilmente occupate ed appoderate, secondo i criteri strettamente europei. Prendendo spunto da un passaggio coranico e da una tradizione locale si pensò quindi di rendere legge italiana la requisizione di tali appezzamenti. La propaganda avrebbe naturalmente esposto il provvedimento come un'azione di avvaloramento della colonia che dava al tempo stesso la possibilità agli italiani di avviare imprese in Libia ma anche ai libici stessi di godere dello sviluppo della Quarta Sponda e della crescente richiesta di lavoratori.

Noi siamo ben lungi dal voler escogitare e suggerire sistemi di spoliazioni o violazioni che rifuggono la nostra mentalità civile, e refrattaria a violenze: ma se dobbiamo restare ossequienti a quel principio, altamente umano, per cui la terra è creata per la meta più diretta e più importante del lavoro dell'uomo, e per cui un volontario abbandono di essa costituisce un logico e tacito consenso alla rinuncia di ogni diritto, noi dovremo dire a voce alta, senza reticenze: *occorre provvedere una buona volta*. Poiché è vergognoso per noi, e per l'umano progresso, questa incuria somma che si ride di ogni buona volontà, di ogni sforzo di capitali e di braccia (60).

Alla legittimità conferita dallo stesso diritto consuetudinario locale, di ispirazione coranica, si aggiungeva quindi, in considerazioni come quelle di Nicola Placido, il retaggio di stereotipi consolidati, come l'inettitudine e la pigrizia degli arabi, nonché quelli italiani della produttività e dell'intraprendenza, costantemente ribaditi. Nelle riflessioni di Placido, precedenti l'entrata in vigore dei provvedimenti legislativi di Volpi, si scorgevano le difficoltà nell'appropriarsi di quei terreni, eppure si invitava ad una risoluzione di questo problema, particolarmente avvertito in quei mesi. « Non

(59) CURIS, *Studio sulla proprietà fondiaria*, p. 200.

(60) N. PLACIDO, *La riconquista della Tripolitania. Scritti e polemiche 1922-1923*, Tripoli, Maggi, 1928, p. 134.

devono prevalere forze oscure e sabotatrici da una parte, e debolezze e sentimentalismi da un'altra, contro un'idea che risponde all'interesse generale, reale e duraturo del paese » (61). Volpi riuscì a risolvere il problema della necessità dei terreni e della loro sottrazione ai libici con l'emanazione di tre decreti legge che portavano 68mila ettari di superficie tripolitana a disposizione del governo. Come descritto da Angelo Del Boca, « per conseguire questo inatteso risultato Volpi è partito dalla premessa generica che tutti i terreni incolti da più di tre anni siano per presunzione demaniali, salvo a riconoscere, in via eccezionale, come di proprietà privata, quelli che tali vengono indicati con titoli autentici e validi » (62). Al primo Congresso di studi coloniali, nel 1931, Adalgiso Ravizza avrebbe ricordato i termini dell'indemania giustificando l'iniziativa di Volpi in un contesto di assoluta ragionevolezza e legalità giuridica.

La presunzione di demanialità delle terre trovava il suo fondamento giuridico non solo in una ragione d'interesse sociale, ma anche nelle stesse norme islamiche, per le quali la terra, che è di Dio, e per esso dell'autorità che sulla terra lo rappresenta, ossia il Governo, viene usocapita dal privato con la sua messa in valore, intendendosi per messa in valore non la semina o il pascolo, ma la vera e propria vivificazione, che comprende il nostro concetto di appoderamento. Inoltre per diritto codificato turco anche le terre cedute dal demanio ai privati dovevano tornare al demanio quando nel termine di tre anni non fossero state vivificate (63).

Angelo Del Boca ha anche evidenziato come Gennaro Mondaini, ancora in epoca coloniale, avrebbe poi definito i decreti « discutibili giuridicamente non meno che moralmente » (64). Uno di questi andava a confiscare le terre di coloro che furono ritenuti « ribelli » o di chiunque li avesse coadiuvati. La legge, oltre che procurare terre al governo, aveva quindi anche un significato punitivo e dimostrava una ferma presa di posizione del fascismo contro le popolazioni che non mostravano una completa sottomissione al Regime. « I filantropi o i democratici della politica coloniale (se

(61) Ivi, p. 135.

(62) A. DEL BOCA, *Gli italiani in Libia. Dal fascismo a Gheddafi*, Roma-Bari, Laterza, 1986, p. 51.

(63) RAVIZZA, *Aspetti della giurisprudenza*, cit., pp. 211-212.

(64) MONDAINI, *La legislazione*, cit., p. 733.

ancora ne esistono) si calmeranno quando sapranno che del regio decreto [...] il governo della Tripolitania si è servito con il più severo senso di opportunità oltre che di indiscutibile giustizia »⁽⁶⁵⁾, avrebbe affermato Filippo Cavazza descrivendo il provvedimento giuridico nel 1926. Nel 1925 Ugo Bassi era intervenuto sostenendo che non si dovesse « prendere in considerazione il quesito della sopravvivenza di un diritto indigeno »⁽⁶⁶⁾ poiché era obiettivo dell'azione italiana « elevare il livello di educazione degli abitanti delle colonie »⁽⁶⁷⁾. Con il progresso dei libici, si sosteneva, ogni elemento del diritto locale sarebbe divenuto obsoleto.

Una nuova legge organica si ebbe soltanto nel 1927. Si abolirono in questa occasione gli istituti dei Parlamenti, messi tuttavia in disuso da lungo tempo. In materia di cittadinanza si apportavano modifiche minime e principalmente indirizzate a dividere ancor più nettamente le popolazioni metropolitana e libica. Messi in chiaro gli elementi che potevano identificare un cittadino italiano libico, il nuovo ordinamento contemplava anche la possibilità che i libici facessero richiesta per una cittadinanza italiana metropolitana. Eliminati i Parlamenti, adesso anche sul piano legislativo, si lasciavano alcune forme di collaborazione, come la « Consulta generale », sebbene nella prassi reale il fascismo non dimostrò alcun interesse nel parere dei libici. Autori come Ravizza non nascondevano che la sostituzione della Consulta ai Parlamenti avesse nettamente ridimensionato il peso dei libici nel governo della colonia. Si escludevano le materie di competenza del Governo, e quindi qualsiasi scelta di politica coloniale. Ed il richiamo alla « dignità », che si sosteneva essersi perduta durante il periodo della promulgazione degli Statuti, segnava il definitivo ritorno alla completa autorità italiana sulla Libia. Era uno stato di fatto che vigeva già da alcuni anni ma soltanto nel 1927 riconosceva la prima affermazione giuridica. L'immagine del libico era retrocessa all'interno del nuovo ordinamento, mantenendo solo formalmente una cittadinanza che nei contenuti non

(65) F. CAVAZZA, *La politica della colonizzazione*, in G. VOLPI DI MISURATA, *La rinascita della Tripolitania. Memorie e studi sui quattro anni di governo del Conte Giuseppe Volpi di Misurata*, Milano, Mondadori, 1926, p. 208.

(66) U. BASSI, *Diritto e colonie*, in « Rivista Coloniale », XX (1925), p. 249.

(67) *Ibidem*.

offriva niente di innovativo. Sebbene ci si fosse dotati di un ordinamento che rispecchiava più adeguatamente l'approccio giuridico del fascismo alla colonia, gli studi sulla popolazione e sul diritto consuetudinario in parte proseguirono anche negli anni successivi. La priorità del fascismo, sul finire degli anni Venti, era quella di sconfiggere la resistenza in Tripolitania e soprattutto in Cirenaica, ma si cercava comunque di comprendere meglio il terreno giuridico nel quale introdurre l'ordinamento coloniale italiano. Da questo genere di analisi emergeva assai spesso il pregiudizio verso le popolazioni che si amministravano e anche studi di pretesa scientificità si mostravano compromessi da vari stereotipi. « Il diritto penale in queste genti, — scriveva ad esempio Ravizza — tutte pervase dal concetto della forza, è ancora per gran parte basato su quelle norme che sogliono discendere da un elementare regolamento della vendetta privata » (68). Talvolta si riconosceva a tale diritto locale una sua logica ed una maggiore evoluzione rispetto ad alcuni altri diritti orientali. Attraverso l'esame di una casistica tratta da alcuni studi sulla Cirenaica, Massimo Colucci riteneva ad esempio che

il diritto consuetudinario delle tribù cirenaiche, che presenta un sistema perfettamente logico e completo di norme giuridiche, è tutto pervaso dal carattere stesso dei diritti consuetudinari antichi e medievali d'Europa, in assoluto contrasto con i sistemi giuridici dei semiti. Così, per esempio, mentre i diritti asiatici, compreso quello musulmano, puniscono il furto con la mutilazione di una mano, in Libia si applica la sola pena pecuniaria a favore del derubato; anzi, si ritiene che la consuetudine degli avi sia quella che impone il pagamento dell'ottuplo — così come avveniva presso i longobardi — anche se in pratica oggi si è meno esigenti (69).

Richiamare le analogie con i diritti medievali rafforzava la promozione del rinnovamento fascista, ritenuto necessario ed opportuno di fronte a tradizioni che assomigliavano più a quelle dei longobardi che non a quelle dell'Europa novecentesca. Le descrizioni della violenza e della suscettibilità dei libici nelle loro usanze e tradizioni contribuiva a creare quell'immagine del libico ancora

(68) Ivi, pp. 42-43.

(69) M. COLUCCI, *Rapporti e coincidenze fra alcune consuetudini cirenaiche e gli antichi diritti mediterranei*, in *Atti del I Congresso Nazionale delle Tradizioni Popolari (Firenze, maggio 1929-VII)*, Ente Fascista di Cultura, Firenze, Rinascimento del Libro, 1930, pp. 153.

selvaggio e lontano dalla civiltà europea che serviva alla propaganda per portare avanti le politiche coloniali fasciste. Politiche incentrate sulla sempre più netta separazione fra metropolitani e libici e su un governo risoluto ed autoritario nei confronti dei propri sudditi.

Ci si trova di fronte ad un diritto a carattere assai arcaico di puro tipo gentilizio — proseguiva Ravizza, ribadendo l'arretratezza del diritto locale — e che nelle consuetudini esaminate di musulmano vi è solo quello che la sciarra ha conservato della vetusta organizzazione della tribù araba e che, o per affinità di razza o per mera coincidenza, è riprodotto nei vigenti loro istituti (70).

Descrivendo il diritto locale come basilare, poco sviluppato, retaggio di tradizioni molto lontane nel tempo, si riusciva a proporre i nuovi ordinamenti che tutelavano l'azione fascista come delle innovazioni a beneficio dei libici stessi. Ne rappresenta un esempio una legge del 1928 che proponeva persino di tutelare i cittadini libici dalla loro stessa ingenuità.

Con l'art. 198 ord. Giud. del 1928 [...] è stata data facoltà al giudice di negare o ridurre l'efficacia ai patti contrattuali che siano sproporzionatamente gravosi, in modo da far presumere che non furono consentiti con sufficiente libertà. Tale norma è stata resa necessaria dalla considerazione che non è difficile che in Colonia si possa profittare della mentalità degli indigeni, delle loro passioni, della loro inesperienza per piegarli, sia pure senza uso di artificio, a patti per essi gravosi, che non avrebbero accettato se ne avessero comprese le conseguenze (71).

Lo studio del diritto locale, nel periodo fascista, non servì a tutelarne i presupposti o a conservarne le tradizioni. Negli anni a cavallo fra i Venti e i Trenta fu piuttosto utile per comprendere meglio le popolazioni e cercare di penetrare le loro mentalità con una martellante propaganda, a fianco dell'intensa azione militare nei confronti della resistenza locale. Si spiegava quindi come mantenere in vita il diritto consuetudinario non avrebbe portato alcun vantaggio alla Libia coloniale e come si intendesse rimpiazzarlo con nuovi e più efficaci ordinamenti giuridici. Del resto, in parallelo, si proponeva l'immagine di un libico fiducioso in queste trasformazioni e soddisfatto della giustizia introdotta in Libia dagli italiani. Si rac-

(70) RAVIZZA, *La Libia*, cit., p. 49.

(71) Ivi, pp. 191-192.

contava il presunto entusiasmo dei libici nel seguire i costumi legislativi europei e come essi ricorressero sempre più volentieri al giudizio dei tribunali italiani. Si andava così a completare la sostituzione del diritto locale consuetudinario, od ottomano, con gli ordinamenti giuridici italiani, predisposti dal fascismo affinché si avesse la più completa libertà di azione sui sudditi, privandoli di ogni diritto alla partecipazione del governo, e predisponendo una separazione anche legislativa, oltre che reale, fra metropolitani e libici, che si sarebbe andata ad intensificare nel corso degli anni Trenta.

Nella propaganda fascista non mancava anche la volontà di sottolineare come quanto offerto ai sudditi della Libia fosse molto di più di quanto concesso in altre colonie. L'ordinamento giuridico per la Quarta Sponda teneva conto di una presunta superiorità dei libici rispetto ad altre popolazioni dell'oltremare italiano. Emergeva da queste valutazioni una sorta di classificazione entro la quale l'elemento metropolitano veniva posto indiscutibilmente al vertice, seguito dai libici ed infine dai sudditi dell'Africa Orientale. La superiorità dei libici era comunque descritta come un risultato ottenuto dalla stessa colonizzazione italiana. In Tripolitania ed in Cirenaica, sosteneva Italo Papini,

in conseguenza di questo diverso grado di civiltà, il legislatore ha stimato opportuno non porre sullo stesso livello giuridico popolazioni più arretrate e popolazioni più evolute. È stato quindi più che altro un criterio di opportunità politica, più o meno favorevolmente apprezzato, quello che ha guidato il legislatore ⁽⁷²⁾.

Negli anni Trenta anche l'opinione pubblica internazionale iniziava a rappresentare un elemento da tenere nella giusta considerazione. Ciò che il fascismo sperimentava nelle colonie costituiva una presentazione di sé stesso al di fuori dei confini metropolitani. Non si poteva quindi non cercare di dare una veste filantropica ai provvedimenti intrapresi nei confronti dei sudditi. L'esposizione di quanto predisposto anche a livello giuridico per il governo delle popolazioni iniziava ad essere importante nei giochi di forza fra le

⁽⁷²⁾ I. PAPINI, *La condizione giuridica delle popolazioni nelle colonie italiane*, in « Rivista delle Colonie Italiane », febbraio 1934, p. 86.

nazioni, oltre che per compattare l'opinione pubblica interna e l'adesione al Regime. Alcune riflessioni su questo aspetto della giurisdizione in Libia furono sviluppate al primo Congresso di studi coloniali, tenutosi a Firenze dall'8 al 12 aprile 1931.

Converrete meco — scriveva Gennaro Mondaini — che, considerata da un alto punto di vista comprensivo e generale, la colonizzazione non è più oggidi un problema, né politico, né economico, bensì diventa sempre più un problema sociale e forse il più vasto del genere che il mondo sia mai stato chiamato a risolvere. Essa cioè può definirsi e deve considerarsi il problema della convivenza delle razze e civiltà umane, anziché quello della dominazione delle razze così dette inferiori da quella superiore. Se così è, d'ora innanzi, la scienza giuridica dovrà preoccuparsi in primo luogo di regolare nelle colonie i rapporti fra razza e razza, civiltà e civiltà, rendendo possibile, non solo per la loro convivenza, ma inoltre la loro pacifica e fruttifera collaborazione in tutti i campi delle umane attività ⁽⁷³⁾.

Mondaini sosteneva che generalmente in Europa si conferissero abbastanza diritti ai sudditi coloniali e come, parimenti, i doveri non fossero sempre espressamente descritti, o sottoposti a precisa disciplina. Ma nel complesso, notava il giurista, si erano fatti grandi passi verso le popolazioni assoggettate e il diritto era sempre più ampio nei loro confronti. Si forniva così un quadro internazionale nel quale il ruolo del fascismo, secondo quanto dal Regime stesso propagandato, andava a collocarsi perfettamente. Sulla stampa, nei periodici ed in tutta la letteratura della seconda metà degli anni Venti e Trenta, si encomiava infatti la capacità del governo di sollevare i libici per mezzo di una legislazione accorta alle loro esigenze e magnanima nell'elargire diritti. Più raramente si parlava di doveri, sottacendo, ad esempio, i tributi che venivano loro imposti dal momento che gli fu attribuita la cittadinanza italiana libica. Allo stesso Congresso del 1931 Adalgiso Ravizza affrontava parimenti il tema dell'ordinamento giuridico nelle colonie e sembrava riprendere le osservazioni di Mondaini portandole su un piano strettamente pratico. Se la tendenza era quella di aprirsi nel concedere diritti ai propri sudditi, gli ordinamenti avrebbero anche dovuto tener conto delle loro peculiarità e delle loro diversificate

⁽⁷³⁾ A. MALVEZZI, *Il rispetto degli usi e dei costumi indigeni nel diritto internazionale e nel diritto interno degli stati*, in *Atti del primo congresso di studi coloniali, Firenze 8-12 aprile 1931-IX*, vol. V, cit., p. 8.

esigenze. Si tornava, in qualche modo, alle riflessioni osservate nei primi mesi di occupazione della Libia, quando si tentava di conciliare l'esportazione delle leggi italiane ed il loro adattamento a persone di cultura, religione e tradizioni completamente diverse da quelle occidentali. La soluzione proposta al Congresso era allora quella di una giurisdizione elastica, in grado di mantenere i principi fondamentali dei colonizzatori ma che consentisse di essere esercitata agevolmente sui colonizzati.

Una disposizione, che trova la sua giustificazione nella necessità di facilitare l'applicazione delle nostre leggi agli indigeni è quella, secondo la quale le leggi, i regolamenti, i decreti del Regno estesi in Libia vi debbono essere osservati in quanto sia consentito dalle condizioni locali, tenuto conto delle tradizioni e delle consuetudini. [...] Ben si comprende però che le consuetudini e le tradizioni possono essere tenute presenti per quanto siano compatibili con lo spirito della legislazione italiana e con il nostro grado di civiltà ⁽⁷⁴⁾.

Ponendo come base per l'accettazione di norme consuetudinarie libiche la loro compatibilità con la civiltà italiana di fatto se ne escludeva già una percentuale grandissima, poiché si è visto come la propaganda sia liberale che fascista tendesse a minimizzare il valore del diritto consuetudinario e come piuttosto sostenesse l'arretratezza delle prassi locali ⁽⁷⁵⁾.

Nei primi anni Trenta il tema dell'ampliamento dei diritti dei

⁽⁷⁴⁾ RAVIZZA, *Aspetti della giurisprudenza*, cit., p. 207.

⁽⁷⁵⁾ Nel 1939 Arnaldo Bertola ben sintetizzava come, appellandosi alla presunta evoluzione dei libici grazie al governo fascista, di fatto si andavano abolendo molti costumi e tradizioni libici: « Il concetto di ordine pubblico coloniale può venire considerato diversamente anche in una stessa colonia in momenti successivi, a seconda dello sviluppo delle condizioni locali e del progresso della civiltà fra gli indigeni. Di ciò abbiamo una eloquentissima dimostrazione in Libia, dove, in seguito alla maggiore elevazione del livello morale e intellettuale raggiunto dalle popolazioni, conseguita alla sapiente opera del governo fascista — la coscienza dell'elemento musulmano è apparsa matura per una interpretazione più severa ed alta del concetto di ordine pubblico, attraverso misure di grande efficacia moralizzatrice e civilizzatrice. Tali sono quelle con cui recentemente si è provveduto a vietare le incivili pratiche di fachirismo, che vieta il matrimonio alle ragazze prima dei quindici anni, che regola le usanze relative ai matrimoni e ai riti funebri, e pone sotto controllo le 'zemzemat', disciplina l'attività delle zavie, e cura l'igiene pubblica anche nelle scuole coraniche ». A. BERTOLA, *Il regime dei culti nell'Africa Italiana*, Bologna, Cappelli, 1939, pp. 91-92.

sudditi fu ripreso frequentemente nella letteratura coloniale. A tale dibattito giuridico non corrispose una reale ed immediata evoluzione delle condizioni dei libici. La direzione che la propaganda fascista indicava il Regime stesse intraprendendo in Libia, era quella di un vasto incremento dei diritti e della salvaguardia delle usanze giuridiche locali. Iniziava con Balbo, nel 1934, il periodo che la stessa propaganda avrebbe definito

dalle più larghe provvidenze [...] in favore dei libici, e specialmente dalle disposizioni del [...] decreto legge del 9 gennaio 1939, con le quali si eleva la condizione giuridica dei libici delle quattro provincie incorporate nel Regno, estendendo ad essi tutto l'ordinamento sindacale corporativo e dando in modo particolare ai nativi musulmani di tali provincie la possibilità di acquistare la 'cittadinanza italiana speciale' configurata per la prima volta in tale decreto legge ⁽⁷⁶⁾.

Nonostante quanto esposto e propagandato dal Regime, quello che si apriva era in realtà un periodo di ancora maggiore separazione e discriminazione. I libici, beneficiati nella teoria giuridica, furono in realtà estromessi da ogni posizione di rilievo e da ogni responsabilità sulla gestione della colonia. Gli stessi contenuti della cittadinanza italiana speciale stavano ad indicare che, nonostante i non modesti requisiti di accesso, questa avrebbe comunque portato ai libici più oneri che vantaggi. L'insistenza e la determinazione della propaganda configurarono tuttavia un suddito della Quarta Sponda posto al centro degli ordinamenti giuridici coloniali e rappresentato come elevato ad una condizione nuova, con i maggiori diritti mai prima riconosciuti. Commentando un decreto governatoriale del dicembre 1937, ad esempio, sull'ordinamento organico del personale giudicante e di segreteria dei tribunali sciaraitici, si leggeva come questo fosse « stato ispirato dalla necessità di adeguare l'organizzazione della giustizia per i cittadini musulmani all'opera di evoluzione sociale perseguita dall'Italia nella terra libica » ⁽⁷⁷⁾. Tutto ciò che si predispose negli ordinamenti della colonia nel corso degli anni Trenta fu esposto come un passo in avanti nel cammino dell'evoluzione sociale, e quindi anche giuridica, della popolazione locale.

⁽⁷⁶⁾ AMBROSINI, *Lo statuto*, cit., p. 311.

⁽⁷⁷⁾ CENTRO STUDI DI DIRITTO E POLITICA COLONIALE FASCISTA DELL'I.R.C.E., *L'Italia per le popolazioni islamiche della Libia*, Roma, Tip. Novissima, 1940, p. 35.

« L'ordinamento sancisce, nel campo della giustizia musulmana, il principio di una sana e oculata partecipazione dell'indigeno alla vita pubblica della Libia. Esso tende inoltre a realizzare una giustizia sciaraitica integra e rispondente in tutto ai fini dell'attività civilizzatrice » (78). Al tempo stesso si diffuse tuttavia un nuovo invito all'osservazione dei diritti e delle consuetudini locali e si sollecitarono gli studi per la comprensione del « diritto indigeno ». « Non occorre che io ricordi qui le conseguenze, spesso irreparabili, derivate dall'imposizione di leggi e di codici metropolitani ai territori coloniali contrastanti con la tradizione e con gli interessi ambientali » (79) aveva sentenziato Giangastone Bolla al Primo convegno di studi coloniali tenutosi nel 1931. Per ottenere ordinamenti che andassero a favore del governo delle colonie si sosteneva come « il primo e inderogabile passo è la perfetta conoscenza della consuetudine, fonte sostanziale storica del diritto privato indigeno » (80). Si trattò tuttavia di un incitamento vano poiché si continuarono ad ignorare i caratteri essenziali della tradizione libica e a promuovere ordinamenti imposti in base alle esigenze coloniali. Giuristi come Umberto Borsi, ad esempio, sostenevano al contrario come la conservazione di strutture giuridiche usate in Libia potesse essere controproducente per gli stessi libici, che sarebbero stati ben più beneficiati dalle nuove leggi italiane.

Se è facile dire che sarebbe improvido dare loro istituti che come frutto di lenta elaborazione storica nei paesi civili, non possono fuori di questo comprendersi ed apprezzarsi in modo adeguato, bisogna però aggiungere che sarebbe anche più improvido sacrificare le esigenze della vera giustizia a loro riguardo soltanto per favorire in essi la conservazione di idee tradizionali che non sono affatto indispensabili ad un buon regime coloniale e che l'evoluzione civile condanna a sparire o a modificarsi completamente (81).

Se la propaganda italiana cercava di trasmettere il messaggio del rispetto della tradizione giuridica locale e di adeguamento della normativa alle esigenze coloniali, in realtà stava avvenendo l'oppo-

(78) Ivi, pp. 35-36.

(79) G. BOLLA, *Consuetudini indigene e diritto agrario coloniale*, in *Atti del primo congresso di studi coloniali, Firenze 8-12 aprile 1931-IX*, vol. V, cit., p. 248.

(80) Ivi, p. 249.

(81) U. BORSI, *Principi di diritto coloniale*, Padova, C.E.D.A.M., 1938, p. 293.

sto, come ebbe modo di constatare Ilardi nel 1938: « non si tratta di islamizzare istituti occidentali ma piuttosto il contrario, e cioè di occidentalizzare o riformare in senso occidentale istituti e abitudini di genti musulmane »⁽⁸²⁾. Il « diritto indigeno » di cui si invocavano gli studi e gli approfondimenti era in verità ormai per lo più estromesso dal novero delle fonti per il diritto coloniale. Le ricerche condotte nel campo degli istituti giuridici locali non furono tenute in considerazione dal legislatore nonostante se ne rendessero così orgogliosi osservatori come Arnaldo Bertola. Secondo il giurista gli studi, grazie anche alla costituzione dell'Impero, avrebbero assunto « un livello che meno di due anni addietro nessuno avrebbe osato prevedere »⁽⁸³⁾. In realtà la tendenza era ormai quella di una legislazione completamente elaborata dagli italiani in base alle esigenze degli italiani. La figura del libico si identificava quindi con quella di un « oggetto » di cui disporre, attraverso le leggi, per i propri fini coloniali. Renzo Sertoli Salis poteva quindi affermare senza alcuna incertezza come in Libia fosse l'opera di interpretazione svolta dalla giurisprudenza ad individuare « le speciali esigenze e condizioni del territorio coloniale nel modo più stabile e indiscutibile »⁽⁸⁴⁾, non lasciando così spazio a nessun altro attore in campo giuridico. Ci si riferiva in particolare alla prassi di avvalersi soprattutto del diritto giurisprudenziale, lasciando in mano a giudici e funzionari locali l'interpretazione delle norme. Tutto ciò avrebbe contribuito a creare quella confusione che regnava attorno al concetto di « diritto coloniale », inteso progressivamente non più come il diritto *della* colonia, ma piuttosto come diritto *per la* colonia, ovvero non frutto di un avvicinamento di quello metropolitano a quello locale ma un'imposizione dall'alto senza alcuna interazione. Il messaggio trasmesso dall'Italia sarebbe tuttavia rimasto quello di un ordinamento ispirato anche dalle consuetudini locali sebbene profondamente modellato sull'effettivo stato evolutivo delle popolazioni cui era destinato, la cui immagine rimaneva ancorata alla

(82) S. ILARDI, *Nuovi orientamenti nella nozione e nella sistematica del diritto coloniale italiano*, in « Rivista di Diritto Coloniale », 1938, p. 14.

(83) A. BERTOLA, *Gli studi giuridici coloniali e la loro importanza nel presente*, in « Rivista di Diritto Coloniale », I (1938), p. 9.

(84) R. SERTOLI SALIS, *Nozioni di diritto coloniale*, Milano, Biazzini, 1938, p. 3.

convinzione di una loro « primitività ». Ilardi avrebbe parlato del « diritto coloniale » come un

complesso di norme tratte ad unità scientifica oltretutto dal comune carattere della loro pertinenza al territorio coloniale, soprattutto dalla loro commisurazione alle esigenze di una società e di una economia spesso ancora primitive, che necessariamente dà luogo a principi originali, a cui si ispira all'evidenza della sua posizione come la sua interpretazione ⁽⁸⁵⁾.

A distanza di quattro anni si sarebbe trovata una dichiarazione ancora più esplicita: « il diritto indigeno non può essere qualificato coloniale — avrebbe affermato Emanuele Ghersi nel suo manuale — perché coloniale è soltanto ciò che attiene al fenomeno della colonizzazione e il diritto indigeno nessun rapporto ha con questo fenomeno poiché regola rapporti che non sono nella benché minima relazione col prodursi di esso » ⁽⁸⁶⁾. Il significato di « coloniale » veniva spiegato con « della colonizzazione » e questo non lasciava alcun dubbio su *chi* e *come* dovesse legiferare.

Si è anticipato come l'avvento di Balbo al governo della Libia segnasse una svolta più che altro formale nel rapporto con i sudditi. Soprattutto nella seconda parte del suo mandato, a partire dal 1937, egli sollecitò delle modifiche agli ordinamenti vigenti che coadiuvarono la trasformazione della posizione giuridica dei libici. I principi fondamentali del suo disegno legislativo vennero illustrati dal governatore stesso nell'ottobre 1938 in occasione del Convegno Volta. Egli si proponeva di intraprendere un percorso « di tale portata politica e morale da trasformare la struttura sociale della popolazione; da creare anzi le condizioni necessarie per una più diretta partecipazione di questa popolazione alla [...] vita civile » ⁽⁸⁷⁾. In realtà l'annessione delle quattro provincie libiche nel territorio italiano e la costituzione di una diciassettesima regione italiana comportarono una regressione dello stato giuridico dei libici. Se infatti con l'ordinamento del 1934 si prevedeva che potessero ottenere, con determinati requisiti, la cittadinanza metropolitana, la legge del 9 gennaio 1939 eliminava tale opportunità consentendo

⁽⁸⁵⁾ ILARDI, *Nuovi orientamenti*, cit., p. 30.

⁽⁸⁶⁾ E. GHERSI, *Diritto coloniale*, Milano, Cetim, 1942, p. 30.

⁽⁸⁷⁾ I. BALBO, *La politica sociale fascista verso gli arabi della Libia*, Roma, Reale Accademia d'Italia, 1938.

soltanto una cittadinanza italiana con statuto personale e successorio musulmano. Uno dei provvedimenti maggiormente utilizzati dal fascismo per pubblicizzare la sua vicinanza ai libici e la loro elevazione culturale e morale era di fatto frutto di esigenze politiche italiane e costringeva i sudditi a fare un passo indietro anche sul piano della tutela giuridica. La nuova forma di cittadinanza, come ha sostenuto anche Carlo Zaghi, non aveva altro « scopo che quello di assicurare alla difesa del territorio nazionale l'aiuto armato delle forze arabe e di soffocare sul piano giuridico qualsiasi aspirazione d'autonomia e di indipendenza, e fu vista dagli arabi più che una conquista come un'offesa alla loro individualità etnica »⁽⁸⁸⁾. Ci sembra pertanto da ridimensionare la tesi recentemente esposta da Maurizio Nenna secondo il quale « era proprio ad uno stato giuridico migliore che i libici agognavano di venire elevati, sia in nome della loro civiltà, che della fedeltà e dell'attaccamento dimostrato all'Italia »⁽⁸⁹⁾. Il percorso sin qui osservato dimostra, al contrario, come i libici fossero oggetto passivo della legislazione italiana e come la loro esclusione dalla compartecipazione al governo non consentisse di metterli in grado di « agognare » qualcosa che gli era estraneo. Mantenere il loro statuto personale, e quindi di fatto non equipararli agli italiani, era propagandato come atto a loro stessa tutela.

La concessione ai libici musulmani di una cittadinanza italiana speciale [...], cittadinanza che non modifica il loro statuto personale e successorio, è uno fra i più tipici atti del nuovo giure che è sorto dallo sviluppo sociale della Libia. Non per nulla il regio decreto-legge che accorda ai musulmani la cittadinanza italiana è il medesimo col quale le quattro province della Libia entrano a far parte del Regno d'Italia, secondo l'ordinamento giuridico rispondente alla condizione speciale della Regione ed alla diversità di religione degli abitanti⁽⁹⁰⁾.

Nonostante la cittadinanza fosse « speciale », ovvero diversa da quella italiana affinché si conservasse una separazione netta fra metropolitani e libici, si parlava di una integrazione dei sudditi nella

(88) C. ZAGHI, *L'Africa nella coscienza dell'Europa e l'imperialismo italiano*, Napoli, Guida, 1973, p. 526.

(89) M. NENNA, *Principi di diritto coloniale*, Roma, Gangemi, 2011, p. 22.

(90) *I nuovi cittadini italiani musulmani della Libia fascista*, in « Agenzia di Libia », IX (28 aprile 1939), 5.

vita della nazione dominatrice e quindi del provvedimento legislativo quale opportunità di ulteriore progresso nel loro sviluppo culturale e sociale.

Non bisogna dimenticare, dunque, che la immissione totalitaria dei musulmani nella vita italiana è il documento più vivo e presente del progresso della Quarta Sponda d'Italia, tale ormai, non per figurazione retorica e sentimentale ma per realtà di istituti e pienezza degli spiriti ⁽⁹¹⁾.

L'insistenza sulla trasformazione avvenuta nei libici, tale da farli aderire sempre più strettamente all'Italia, sembra avvalorare la tesi di Zaghi, per la quale l'avvicinamento giuridico della Libia poteva costituire un punto di forza per Roma in un contesto internazionale sempre più complicato. Ma la veste che si dava alle notizie rimaneva sempre quella di una concessione generosa che si stava compiendo nei confronti dei sudditi della colonia mediterranea. Ancora una volta la conservazione del loro statuto personale era proposta come un vantaggio per loro stessi ed i diritti che si andavano a concedere erano ritenuti ampi ed importanti. Si proponeva quindi un'immagine del libico la cui crescita sociale non veniva messa in discussione e all'elevazione economica e culturale si sarebbe adesso aggiunto anche il riconoscimento giuridico della loro evoluzione.

Erano, dunque, meritevoli di quanto la legge fascista ha loro accordato. Con questa — è opportuno ricordarlo — il musulmano libico che acquista la cittadinanza italiana acquista diritti civili e politici di singolare importanza. Egli, sia pure con la logica — e tutta a suo favore — limitazione dello statuto personale e successorio, diviene sostanzialmente un cittadino italiano. [...] La cittadinanza speciale concessa ai musulmani libici è un evidente miglioramento della loro condizione giuridica ⁽⁹²⁾.

L'insistenza della propaganda sul provvedimento legislativo legato alla nuova forma di cittadinanza nascondeva la volontà di conferire a questo reale arretramento della posizione giuridica dei sudditi l'aspetto di un passo in avanti nella loro crescita sociale e nel più generale valore che l'Italia si vantava voler riconoscere alla popolazione della colonia mediterranea. Si sosteneva che i vantaggi

⁽⁹¹⁾ *Ibidem.*

⁽⁹²⁾ *Ibidem.*

del provvedimento fossero talmente evidenti da non lasciar dubbi sulla loro convenienza e sull'importanza del riconoscimento che si stava attribuendo agli stessi libici ⁽⁹³⁾. La comparsa su alcune testate europee di critiche all'iniziativa giuridica italiana veniva prontamente respinta e si tentava di dimostrare il successo riscosso dal provvedimento descrivendo nel dettaglio le richieste di cittadinanza pervenute e come si stessero dapprima distribuendo i riconoscimenti alle figure più influenti fra i libici. L'immagine trasmessa era quella di un libico pienamente appagato dalla concessione della nuova cittadinanza. Non solamente, secondo la propaganda, si concedevano nuovi diritti e si aprivano posizioni prestigiose ma soprattutto si dava pieno riconoscimento all'italianità dei libici. Si sarebbe cioè sancito un nuovo e più profondo legame fra colonizzatori e colonizzati, nel quale la figura dei secondi si veniva ad emancipare ed essere sempre più integrata nella società italiana.

I libici non sono immemori. Essi ricordano le parole del Duce « protettore dell'islam », ricordano l'annuncio della promessa mantenuta e la loro devozione provata è pronta a essere collaudata da altre prove ⁽⁹⁴⁾.

Ci si riallacciava alla retorica fascista del 1937, quando Mussolini si proclamò difensore dell'Islam ed espresse la volontà italiana di avvicinarsi ai musulmani della Libia e del resto del mondo. E si ventilava la possibilità che presto la ricambiata fiducia degli arabi nel fascismo potesse essere messa alla prova. Ancora una volta la teoria di Zaghi di un avvicinamento, pur solo formale, alla popolazione libica per ottenerne il supporto sul campo internazionale appare quindi concretamente possibile. Tuttavia la ripartizione della Libia che risultava dal decreto legislativo faceva sì che neanche tutti i libici potessero essere inclusi nei presunti benefici della cittadinanza concessa. La costituzione di quattro province, poi annesse al territorio italiano, escludeva un'ampia porzione di entroterra la cui popolazione non rientrava a godere dei diritti di quella costiera. Di questa distinzione non si tacevano le motivazioni ma anzi si ribadiva come il diritto del libico non potesse essere il medesimo in zone così

⁽⁹³⁾ *L'insediamento delle Consulte corporative nell'Africa Italiana*, in « Bonifica e Colonizzazione », IV (marzo 1940), 3, pp. 216-219.

⁽⁹⁴⁾ *Ibidem*.

diverse della Libia. Se nei territori più settentrionali, quelli da più tempo in contatto con la civiltà europea e più sottoposti all'azione colonizzatrice italiana, si intravedevano segnali di sviluppo tali da far scorgere nei sudditi progressi civili e culturali, altrove si riteneva di essere ancora distanti da questi risultati. Si proponeva allora come conseguenza logica la distinzione della popolazione ed il riconoscimento soltanto ad una parte del valore sufficiente per la concessione di nuove forme di cittadinanza.

La politica di carattere paternalistico, ottima per le genti del sud, le quali non necessitano d'altro che di materiale benessere e di assistenza, doveva necessariamente essere integrata, per gli arabi dei territori costieri, da un complesso di provvidenze dirette alla loro evoluzione morale ed alla loro evoluzione civile, tale da creare una rispondenza spirituale tra la potenza conquistatrice e i suoi sudditi musulmani ⁽⁹⁵⁾.

Fra il 1939 ed il 1940 si era quindi creata una duplice immagine del libico. Una ancora arretrata, che necessitava di opere di sviluppo e di civilizzazione da parte italiana, l'altra invece che aveva già raggiunto uno stadio più avanzato, evoluta al punto da godere di un differente trattamento giuridico. Di fronte a quelli che si ritenevano due livelli diversi di evoluzione si rispondeva quindi con due diversi ordinamenti. Al di fuori del territorio compreso nelle nuove quattro provincie libiche i sudditi continuavano ad essere sottoposti agli ordinamenti giuridici precedenti. Per i libici abitanti nella fascia costiera si pubblicizzava invece il raggiungimento di un nuovo livello di civiltà e di progresso, rappresentato, per il fascismo, dal provvedimento sulla cittadinanza del 1939. Questa prevedeva la conservazione degli statuti personale e successorio, l'estensione dell'ordinamento sindacale e corporativo e la possibilità d'iscrizione all'Associazione Musulmana del Littorio. Si prevedeva inoltre la possibilità di accesso alla carriera militare nei reparti libici, l'esercizio della carica di podestà nei municipi composti di popolazione libica e di quella di consultore in quelli di popolazione mista, il disimpegno di funzioni direttive nelle associazioni sindacali libiche, la partecipazione al Comitato corporativo della Libia e ai Consigli provinciali dell'Economia corporativa, ed il

⁽⁹⁵⁾ CENTRO STUDI DI DIRITTO E POLITICA COLONIALE FASCISTA DELL'I.R.C.E., *L'Italia*, cit., p. 71.

diritto al porto d'armi. La cittadinanza non veniva tuttavia concessa a tutti i sudditi ma attribuita soltanto con decreto governatoriale a chi ne avrebbe inoltrata richiesta e fosse stato in possesso di determinati requisiti. Allo stesso tempo veniva negata ai libici la nomina a posti o incarichi, con i quali si fosse esercitato il comando su cittadini italiani metropolitani. Nelle letture del tempo si esponeva però come una grande concessione, che avrebbe promosso l'immagine dei libici e del Regime che si sarebbe costantemente impegnato per la loro evoluzione. «L'istituzione della cittadinanza italiana speciale costituisce per i libici la più importante riforma dal punto di vista politico e morale, giacché investe la loro stessa personalità e il loro titolo di appartenenza allo Stato italiano»⁽⁹⁶⁾, si scriveva nel 1940. Oltre al riconoscimento dello sviluppo dei sudditi di quest'area dove l'azione colonizzatrice italiana era riuscita più concretamente a penetrare, la nuova cittadinanza avrebbe rappresentato la conferma di quella politica filoislamica che il Regime aveva intrapreso da alcuni anni. In realtà la legge che aveva trasformato la posizione giuridica dei libici nel 1939 si accostava molto a quanto la stampa internazionale supponeva in quegli stessi anni. Si trattava di un'iniziativa meramente propagandistica, che non apportava nessun vantaggio reale e concreto ai sudditi coloniali né, tantomeno, li avrebbe avvicinati realmente all'equiparazione con gli italiani. Il provvedimento avveniva in una fase della politica coloniale italiana che da anni aveva creato una linea di separazione sempre più marcata fra coloni e colonizzati.

Il R.D.L. 1728 del 17 novembre 1938 «Provvedimenti per la difesa della razza italiana» dava intanto inizio alla campagna antisemita nella madrepatria e con essa una serie di più decise discriminazioni anche fra la popolazione coloniale. Il 29 giugno 1939 le «Sanzioni penali per la difesa del prestigio della razza di fronte ai nativi dell'Africa italiana»⁽⁹⁷⁾ di fatto vietavano i matrimoni con sudditi di razza camitica, semitica e altre origini non ariane. L'entrata in vigore delle leggi razziali provocò inevitabilmente un inasprimento della separazione anche fra metropolitani e libici. Successivi provvedimenti giunsero a vietare la frequentazione di quartieri

⁽⁹⁶⁾ *Ibidem.*

⁽⁹⁷⁾ N. 1004, 29 giugno 1939.

« indigeni » fino a stabilire pene per il reato di « lesione del prestigio della razza ». La nuova forma di cittadinanza non riuscì a mitigare tali tendenze alla netta distinzione giuridica. Le richieste di ottenere i brevetti che riconoscevano il nuovo stato giuridico furono pochissime e furono inoltrate, come la critica internazionale a ragione denunciava, da coloro che si videro costretti a farlo per mantenere la propria posizione lavorativa o per cercare di ottenere un nuovo impiego nella Libia fascista. Si era compiuta quella netta distinzione di ordinamenti che rispecchiava pienamente l'esigenza, avvertita dal fascismo della fine degli anni Trenta, di separazione radicale fra metropolitani e libici. Nel 1943 Rolando Quadri avrebbe descritto con precisione questo stato di fatto, nei mesi in cui le colonie si stavano oramai perdendo:

il diritto metropolitano e il diritto coloniale devono essere rappresentati come due cerchi distinti, anche se situati nel quadro dell'ordinamento generale dello Stato, come due cerchi cioè ciascuno dei quali comprende una sfera dei rapporti completamente distinta da quella compresa nell'altro ⁽⁹⁸⁾.

Furono quelli legati alla nuova forma di cittadinanza gli ultimi provvedimenti legislativi rilevanti nei confronti dei libici, assieme alla costruzione di una serie di villaggi agricoli assegnati ai sudditi coloniali. Entrambe le iniziative non portarono a nessun concreto miglioramento dello stato giuridico e della posizione dei libici nella gerarchia sociale imposta in colonia. L'immagine del suddito trasmessa dalla propaganda, e quindi rintracciabile in tutta la letteratura del periodo, e quella che nella realtà si ebbe nella Libia alle soglie della seconda guerra mondiale era, non solamente, duplice, ma pressoché opposta. Il libico era tutelato, valorizzato e beneficiato da tutte le attenzioni giuridiche nelle descrizioni di quei mesi, sfruttato, separato e discriminato nella realtà quotidiana della Quarta Sponda.

4. *Conclusioni.*

Come si è accennato in apertura, uno sguardo ai principali ordinamenti giuridici emanati per la Libia ed il generale approccio

(98) R. QUADRI, *Diritto coloniale*, Padova, C.E.D.A.M., 1953, pp. 14-15.

della giurisprudenza italiana nei confronti di quello che veniva chiamato il « diritto indigeno » può efficacemente concorrere a disegnare l'immagine del suddito libico che si ebbe in Italia nel periodo di occupazione della colonia mediterranea e il ruolo giocato dal diritto nel controllo e nella sua gestione.

Gli italiani sbarcarono nei due *vilayet* ottomani avendo una conoscenza scarsa e superficiale della popolazione che si sarebbero trovati dinanzi, delle loro tradizioni e della loro cultura giuridica. Tuttavia, l'Italia aveva già avuto diversi anni di esperienza nel confronto con i diritti locali data la sua presenza in Africa Orientale. Ancor prima di occupare Tripoli ai legislatori appariva quindi evidente come non si potesse applicare ai nuovi sudditi l'ordinamento giuridico italiano e come occorresse elaborare qualcosa di specifico e adatto alla popolazione che si andava a sottomettere. Ben presto emerse come l'interpretazione razzista, non diversa da quella già sperimentata nel Corno d'Africa, avrebbe collocato i libici su un piano culturale ed evolutivo assai inferiore a quello italiano. Questo a sua volta contribuì a convincere i legislatori che fosse necessario un diritto di tipo diverso rispetto a quello metropolitano ⁽⁹⁹⁾. Se diversi erano i libici, diverso doveva essere il loro diritto nella colonia italiana. Ma poiché il loro stato di civilizzazione era considerato arretrato, non si esitò ad attribuire loro un diritto appunto arretrato, dando così origine ad una sorta di involuzione degli ordinamenti europei al momento che si andò ad elaborarne uno « coloniale ». Con un'impostazione giuridica di questo tipo si sarebbe creata la cornice di legalità entro la quale poter agire liberamente in colonia, predisponendo di volta in volta un ordinamento che tutelasse, di fatto, l'azione politica e colonialista italiana, a scapito dei diritti dei libici. A sua volta però sarebbe stato il diverso grado di civiltà delle due popolazioni, quella metropolitana e quella locale, a far ritenere

⁽⁹⁹⁾ Luciano Martone lo ha definito come un ritorno allo *ius singulare*, ovvero ad una « eccezionalità delle sue disposizioni rispetto alle regole dell'ordinamento positivo », riprendendo la definizione da V. PIANO MORTARI, *Ius singulare e privilegium nel pensiero dei glossatori*, in « Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche », serie III, IX (1957-58), XI-XII, cit. in MARTONE, *Diritto d'oltremare*, cit., p. 1.

indispensabile la coesistenza in Libia di due diversi diritti ⁽¹⁰⁰⁾. Si avvertiva la necessità di creare delle norme che potessero tutelare una situazione che metteva su piani distinti e diversi colonizzatori e colonizzati. Poiché questi ultimi erano ritenuti l'*oggetto* della colonizzazione, si tese a considerarli come *oggetti* del diritto e non *soggetti* del diritto, come previsto nella moderna giurisprudenza. A causa del suo diverso grado di civilizzazione il libico venne quindi privato di molti diritti e si elaborarono ordinamenti che rappresentavano delle « eccezioni » rispetto a quelli della madrepatria.

Nel corso degli anni di occupazione si dibatteva con grande insistenza e frequenza sullo stato giuridico delle popolazioni assoggettate in quanto la definizione della loro posizione si sarebbe dimostrata fondamentale nella volontà di separazione fra metropolitani e libici. Voler tenere sempre una certa distanza con l'elemento locale, ritenuto ad un grado di civilizzazione ancora lontano da quello europeo, comportava dover elaborare e tenere costantemente aggiornato un ordinamento speciale, in grado di assolvere al compito attribuitogli. Di per sé, essere « suddito coloniale » sembrava implicitamente non avere quel grado di evoluzione e di civiltà tale da poter godere di un diritto moderno, come quello che l'Italia concedeva ai propri « cittadini ».

La differenza principale corrente fra gli uni e gli altri è che, mentre i cittadini metropolitani sono membri di una collettività che è elemento costitutivo dello stato, i cittadini o sudditi coloniali invece sono membri di una collettività che è soltanto elemento costitutivo della colonia alla quale appartengono. Ma, siccome la colonia in fondo fa parte dello stato, è logico che da questo anche essi, anche fuori della colonia, venga di regola fatto trattamento diverso che agli stranieri, anche per il fatto che lo straniero è suddito temporaneo, quando si trova nello Stato, mentre il cittadino o suddito coloniale lo è stabilmente ⁽¹⁰¹⁾.

Umberto Borsi richiamava due elementi: la natura del rapporto di soggezione tra lo stato e i sudditi e la durata di tale

⁽¹⁰⁰⁾ Sul concetto di civiltà/non civiltà e differenza di diritto si è soffermato COSTA, *Il fardello*, cit., p. 173. Recenti riflessioni sull'interpretazione del diritto coloniale sono in G. BASCHERINI, *Ancora in tema di cultura giuridica e colonizzazione. Prime note sul "Corso di diritto coloniale" di Santi Romano*, in «Giornale di storia costituzionale», 2013, 25.

⁽¹⁰¹⁾ BORSI, *Corso di diritto*, cit., p. 220.

rapporto. Arnaldo Cicchitti, soffermandosi su questo stesso tipo di rapporto, aveva modo di affermare come « il concetto di cittadinanza, per quanto antitetico, è sostanzialmente analogo a quello di sudditanza. Essi hanno comune l'ente di riferimento, lo Stato; quello che varia, invece, è il rapporto. Nella cittadinanza l'individuo ha verso lo Stato un rapporto di pertinenza, nella sudditanza lo ha di dipendenza »⁽¹⁰²⁾. Nel corso di tutto il periodo di occupazione della Libia i giuristi italiani si impegnarono quindi per spiegare e per mantenere quella differenza che, già ritenuta evidente a livello di civilizzazione, occorreva rendere anche giuridica. Italo Papini forniva, ad esempio, un quadro dell'immagine del libico alla metà degli anni Trenta, fra il nuovo ordinamento del 1927 e l'avvento del governatorato di Italo Balbo. Egli spiegava le ragioni per cui metropolitani e libici non potessero essere accostati, rivelando la teoria che guidava il fascismo nella ricerca di una sempre crescente separazione di italiani e sudditi in colonia. Una separazione che nelle città avveniva già da tempo, ma della quale si cercava anche consolidamento giuridico.

È legittimo che tale distinzione sussista, poiché, mentre i cittadini metropolitani sono membri della collettività costitutiva dello stato, i sudditi e i cittadini coloniali invece non sono elementi costitutivi dello stato, ma sono soltanto membri della collettività coloniale, e precisamente di quella specifica cui appartengono, dato che ogni colonia è oggetto a sé della potestà statale. La distinzione inoltre è giustificata dal fatto che, per la loro arretrata civiltà, gli indigeni, non avendo i bisogni degli uomini più civili e non avendo in relazione a ciò creato dei rapporti giuridici che sono ormai ordinari del nostro sistema di vita sociale, né elaborato quelli primitivi assolutamente indispensabili, i quali da noi son giunti a una grande perfezione, non avendo neppure conoscenza di quel complesso di diritti e doveri che la vita civile impone, vale a dire non avendo se non un diritto primitivo, e perciò differente non solo da quello italiano, ma anche da quello di altri stati, non possono godere di uno stato giuridico non conforme alle loro necessità che li farebbe quindi soggetti di diritti, che essi neppure saprebbero esercitare, e li sottoporrebbe a doveri del tutto nuovi per loro⁽¹⁰³⁾.

L'immagine che si disegnava era quella di un libico arretrato che non sarebbe stato neanche in grado di godere di pieni diritti civili, qualora gli fossero stati concessi. Essi non avrebbero persino

⁽¹⁰²⁾ CICCHITTI, *Cittadinanza e sudditanza*, cit., p. 100.

⁽¹⁰³⁾ PAPINI, *La condizione giuridica*, cit., pp. 87-88.

avuto « i bisogni degli uomini più civili » e quindi sarebbe bastato qualcosa di molto più semplice e che consentisse agli italiani di portare avanti la loro « civilizzazione » senza gli ostacoli che l'elargizione di pieni diritti ai libici avrebbero probabilmente comportato.

I giuristi italiani del periodo di occupazione si avvicendarono nel ribadire la teoria per la quale ai sudditi di civiltà inferiore non potesse spettare la qualifica di cittadini riservata ai metropolitani. Ciononostante, con l'aggiornamento degli ordinamenti si giunse a definire anche i libici « cittadini », sebbene la loro fosse stata definita « cittadinanza speciale ». Si trattava di una cittadinanza *minoris juris*, con capacità giuridica diversa ed inferiore rispetto a quella dei metropolitani la cui cittadinanza era *pleni juris*. Il libico avrebbe poi potuto accrescere nel tempo il proprio diritto, di pari passo con la sua evoluzione culturale. La condizione di piena cittadinanza avrebbe comportato una serie di doveri, oltre che di diritti, che la popolazione della Libia non si riteneva ancora in grado di adempiere. La questione fondamentale sembrava tuttavia rimanere legata al timore che un'equivalenza di diritto annientasse quella subordinazione dei colonizzati ai colonizzatori ritenuta sempre fondamentale.

Come si potrebbe attribuire, ad esempio, i diritti politici agli indigeni senza con ciò equipararli quasi ai cittadini metropolitani? Gli esperimenti fatti in proposito da vari stati, compreso il nostro colla concessione degli Statuti Libici, stanno a provare con i loro grandi insuccessi l'impossibilità, dal punto di vista sia logico che giuridico, di cancellare la distinzione tra la cittadinanza metropolitana e quella coloniale ⁽¹⁰⁴⁾.

Del resto Papini notava una certa incongruenza fra quanto egli stesso sosteneva ed il concetto di cittadinanza che si voleva comunque attribuire alla popolazione libica. « E se invece si negano agli indigeni i diritti politici e li si esentano da alcuni obblighi, come si potrà dire che la loro condizione è qualificabile cittadinanza? La cittadinanza in altri termini non può essere *minoris juris* senza trasformarsi in sudditanza » ⁽¹⁰⁵⁾. Tuttavia, la separazione di diritti e doveri fra italiani e libici era descritta come necessaria ed indispensabile proprio in tutela dei secondi. « Essa è necessaria anche

⁽¹⁰⁴⁾ Ivi, p. 88.

⁽¹⁰⁵⁾ Ivi, pp. 88-89.

nell'interesse degli indigeni stessi, poiché infatti sarebbe nocivo per essi un brusco sbalzo dal loro « clima » a quello della più avanzata civiltà » (106). Come ha notato Luigi Preti, le leggi sulla nuova forma di cittadinanza, preannunciate nel 1937, entrarono in vigore con ritardo e rifletterono « quella politica discriminatoria che era nella logica dell'exasperato nazionalismo e del trionfo imperialismo del regime fascista » (107). Il Decreto del 9 gennaio 1939 attribuiva ai libici una « cittadinanza italiana speciale », ottenibile solo su richiesta e che non prevedeva alcuna reale equiparazione dei sudditi ai metropolitani. « In sostanza la cittadinanza italiana speciale era una vera e propria presa in giro, se raffrontata con il trattamento che facevano altre nazioni ai loro sudditi » (108). L'imposizione di un diritto a loro estraneo, che privilegiava in tutto i dominatori sui colonizzati, era comunque ritenuta un'azione apprezzata dagli stessi libici che avrebbero riconosciuto una giustizia nuova, più efficace e funzionale.

Il diritto coloniale fu sempre una materia controversa e confusa, che portò ad interpretazioni molto diverse l'una dall'altra e che non ebbe mai, fino alla perdita delle colonie italiane, una definizione univoca (109). Nel 1941, Angelo Macchia avrebbe scritto che « sul concetto di diritto coloniale e sull'estensione della materia da esso abbracciato non si è ancora raggiunto l'accordo in dottrina » (110). Se il dibattito non giunse mai ad un'interpretazione unanime della funzione del diritto coloniale, ciò che fu plausibilmente disatteso fu

(106) Ivi, p. 89.

(107) L. PRETI, *Impero fascista: Africani ed ebrei*, Milano, Mursia, 1968, p. 96.

(108) Ivi, p. 97.

(109) Riflessioni sugli studi giuridici contemporanee agli eventi dimostravano una prevalente incertezza ed un mutamento nel tempo delle competenze e delle estensioni attribuite al « diritto coloniale ». Si vedano ad esempio i seguenti interventi sul tema degli studi giuridici coloniali: S. FACCHINETTI, *I giudizi davanti le Corti di Assise nelle Colonie libiche*, in « Giustizia Penale », 1915, 815; A. MALVEZZI, *I nuovi problemi nella nostra legislazione coloniale*, Bologna, Zanichelli, 1926; E. CUCINOTTA, *Gli studi giuridici coloniali in Italia*, in *Atti del primo congresso di studi coloniali, Firenze 8-12 aprile 1931-IX*, vol. V, cit., pp. 18-37; *L'inaugurazione dell'anno giudiziario*, in « Tripolitania », II (febbraio 1932), 2, pp. 29-35; C. CASOLI, F. VALENZI, G. NIGRO, *Giurisprudenza della corte d'appello della Libia*, Tripoli, Maggi, 1933; BERTOLA, *Gli studi giuridici*, cit.

(110) A. MACCHIA, *Contributo alla teoria delle fonti del diritto coloniale*, Reggio Emilia, F.lli Rossi, 1941, p. 5.

il rispetto del diritto locale, nonostante vari formali appelli allo studio del « diritto indigeno ».

Le esigenze legate alla colonizzazione dettero vita ad un diritto particolare, solo in parte derivato da quello metropolitano e solo in casi eccezionali adattato a quello locale. Una giurisprudenza costruita spesso in base alle esigenze politiche locali, in continua trasformazione, che teneva sempre in primo piano la distinzione di metropolitani e libici. Come osservato da Martone, « al posto dello studio dei diritti indigeni, si ebbe l'esaltazione del ruolo ermeneutico dei giudici e della loro interpretazione come fonte di diritto per le colonie » ⁽¹¹¹⁾. In base al progresso della colonizzazione, « la legislazione era costituita da singole disposizioni molto spesso amministrative, volta per volta aventi una specifica finalità anche se riguardanti tutti gli ambiti delle relazioni giuridiche in colonia sempre regolate dalla distinzione razziale » ⁽¹¹²⁾.

Alla luce di ciò si può sostenere come vi fosse una profonda relazione fra gli ordinamenti giuridici e l'immagine del libico. La rappresentazione di quest'ultimo che si aveva al momento della conquista contribuì allo sviluppo di uno statuto giuridico particolare, diverso da quello dei metropolitani, nella convinzione che il grado di civilizzazione dello stesso libico non consentisse l'applicazione delle leggi italiane senza alcuna modifica. Negli anni dell'occupazione rimase sempre costante il pregiudizio sull'evoluzione dei libici e sulla superiorità degli italiani ⁽¹¹³⁾, tale da non prevedere alcuna inversione di marcia nell'elaborazione degli ordinamenti giuridici.

Con l'affermarsi della presenza italiana in Libia e la deriva razziale del fascismo, furono poi gli stessi ordinamenti giuridici, capovolgendo il processo, a permettere e giustificare la discriminazione dei libici, grazie ad una cornice legislativa che li poneva in una condizione giuridica di inferiorità e di netta subordinazione.

⁽¹¹¹⁾ MARTONE, *Diritto d'oltremare*, cit., p. 28.

⁽¹¹²⁾ Ivi, p. 43.

⁽¹¹³⁾ N. LABANCA, *Il razzismo coloniale italiano*, in *Nel nome della razza. Il razzismo nella storia d'Italia, 1870-1945*, a cura di A. Burgio, Bologna, Il Mulino, 1999, p. 157.

BARTOLOMÉ CLAVERO

DERECHO BAJO ASEDIO, 1936-1939:
REPÚBLICA ESPAÑOLA Y SOCIEDAD DE NACIONES
EN EL ESCENARIO EUROPEO
ENTRE CONSTITUCIONALISMO Y DICTADURA

Se orientará la política internacional en un sentido de adhesión a los principios y métodos de la Sociedad de Naciones.

Programa del Frente Popular, 1936.

A fin de promover la cooperación internacional y alcanzar la paz y seguridad internacionales [...] por el firme establecimiento de las normas del derecho internacional [...].

Pacto de la Sociedad de Naciones, 1919.

1. El rescate de la Constitución española en 1936. — 2. República constitucional y derecho internacional. — 3. La clave del colonialismo entre República Española y Sociedad de Naciones. — 4. Guerra de España, derecho internacional y Sociedad de Naciones. — 4.1. Examen internacional de la República Española. — 4.2. Deriva del caso español entre Sociedad de Naciones y Naciones Unidas. — 5. Epílogo: ilusiones y frustraciones entre constitucionalismo y colonialismo.

1. *El rescate de la Constitución española en 1936.*

El jueves 16 de enero de 1936, *El Socialista* — Órgano del Partido Socialista Obrero publica una primera noticia encabezada con titular a página completa: « ¡Hacia una victoria rotunda! El Pacto Electoral de los Partidos de Izquierda », y un sumario selectivo de su contenido que igualmente se resalta: « Amplia amnistía para los delitos político-sociales — Readmisión de todos los despe-

didos — Reparación a las familias de las víctimas — Justicia nueva — Responsabilidades concretas para los culpables de violencia — Política agraria, industrial y económica — La enseñanza, atributo indeclinable del Estado — Respeto a la legislación autonómica ». Es el programa electoral de mínimos de lo que más tarde, pronto, se llamaría *Frente Popular*. Al principio se le identificó como *Bloque de Izquierdas*, *Coalición Republicano-Obrerista* o con denominaciones similares. Se reproduce íntegro el programa en la misma primera página del órgano del Partido Socialista (1). Al mes exacto, con la celebración de las elecciones, la anunciada « victoria rotunda », indisputable, se produjo efectivamente tanto en las urnas como en su traducción a escaños: « La República, rescatada. El Frente popular victorioso en toda España », es el titular de cabecera, no demasiado hiperbólico, de *El Socialista* del martes 18 de febrero. « República, rescatada » ante todo significa, como no dejaba de haber especificado el programa mismo, rescate de la Constitución que le diera forma en 1931.

El programa electoral del Frente Popular contiene compromisos de interés neurálgico para el rescate de una Constitución que había sufrido políticas hostiles a lo largo del bienio precedente (2). Habría de recuperarse ante todo su valor normativo: « En defensa de la libertad y de la justicia, como misión esencial del Estado republicano y de su régimen constitucional, los partidos coligados: 1º Restablecerán el imperio de la Constitución (...) », lo que se

(1) <http://archivo.fpabloiglesias.es>, para la hemeroteca online de la Fundación Pablo Iglesias donde se encuentra la colección de *El Socialista*. El presente trabajo constituye una versión reducida de mi capítulo en *Saberes jurídicos y experiencias políticas en la Europa de entreguerras*, eds. Sebastián Martín y Federico Fernández Crehuet, a publicarse por Thomson-Reuters. Reduzco entre referencias más conocidas de bibliografía, registros de derecho español actual y momentos reiterativos oportunos tan sólo de cara al estado bastante rezagado de la historiografía española de derecho internacional. Este trabajo se comprende en el proyecto de investigación DER2014-56291-C3-2-P, grupo HICOES, 2015-2018.

(2) Eduardo GONZÁLEZ CALLEJA, Francisco COBO ROMERO, Ana MARTÍNEZ RUS, Francisco SÁNCHEZ PÉREZ, *La Segunda República Española*, Barcelona, Pasado y Presente, 2015, para estas y otras referencias a aquella experiencia histórica pues es la exposición más sólida existente y no descuida cuestiones de interés constitucional; pp. 830-841, respecto a los resultados de las elecciones de febrero de 1936, difíciles de tabular por las complejidades del sistema electoral; cap. 6: « La primavera de 1936 ».

enfocaba muy especialmente al ámbito judicial apuntando hacia esa « Justicia nueva » anunciada por los titulares de *El Socialista*: « Se organizará una justicia libre de los viejos motivos de jerarquía social, privilegio económico y posición política. La Justicia, una vez reorganizada, será dotada de las condiciones de independencia que promete la Constitución »; « la ley Orgánica del Tribunal de Garantías habrá de ser objeto de reforma, a fin de impedir que la defensa de la Constitución resulte encomendada a conciencias formadas en una convicción o en un interés contrarios a la salud del régimen ». La reforma no se detalla que hubiera de alcanzar a una revisión de la propia Constitución, pero esto no quedaba descartado por cuanto se dice respecto a la justicia en general. Se ve que gravitaba sobre el programa la determinación de conjurar un par de espectros bien presentes, el de la profesionalidad culturalmente lastrada de la magistratura ordinaria y el de la tentación políticamente facciosa a la que se había mostrado proclive la jurisdicción constitucional.

Otra materia importante en el programa electoral del Frente Popular era la de las políticas sociales, las cuales habían sido precisamente constitucionalizadas como derechos por la República. No sólo así se trataba de que el Partido Socialista Obrero, flanqueado por la Unión General de Trabajadores, fuera, con diferencia, la principal formación política entre las que suscribían el acuerdo, sino también y sobre de que existían derechos sociales constitucionales que habían venido siendo masivamente atropellados durante el bienio previo. A este respecto el programa ante todo se ocupa del sector agrario considerando imperativa « la redención del campesino y del cultivador medio y pequeño, no sólo por ser obra de justicia, sino porque constituyen la base más firme de reconstrucción económica nacional », a lo que sigue una amplia serie de medidas en beneficio del trabajo y de la propiedad pequeña y mediana rurales. En general, se adopta el compromiso de « restablecer la legislación social (del primer bienio de la República) en la pureza de sus principio », a lo que acompañan igualmente previsiones concretas sobre jurisdicción laboral, lucha contra el paro, acceso obrero a la educación y aseguramiento de salarios dignos mirándose de nuevo especialmente al sector rural. Se convenía en « rectificar el proceso de derrumbamiento de los salarios del campo, verdaderos salarios de

hambre, fijando salarios mínimos, a fin de asegurar a todo trabajador una existencia digna, y creando el delito de envilecimiento del salario ». El segundo bienio de la República, un bienio de políticas antisociales a la par que poco constitucionales, quería justamente revertirse.

El pacto electoral del Frente Popular no sólo lo suscribían partidos de base o de vocación obrera (el Comunista, el Sindicalista y el Obrero de Unificación Marxista junto al Socialista mayoritario), sino también algunos de los que se decían y eran burgueses y que a sí mismos se identificaban como republicanos. Tal era el énfasis puesto por el programa en políticas o, mejor dicho, derechos sociales que se estimó conveniente incluir este justo pronunciamiento sobre la concepción del constitucionalismo que propugnaban: « La República que conciben los partidos republicanos no es una República dirigida por motivos sociales o económicos de clase, sino un régimen de libertad democrática, impulsado por razones de interés público y progreso social. Pero precisamente por esa definida razón, la política republicana tiene el deber de elevar las condiciones morales y materiales de los trabajadores hasta el límite máximo que permita el interés general de la producción, sin reparar, fuera de este tope, en cuantos sacrificios hayan de imponerse a todos los privilegios sociales y económicos ». Esta concepción no clasista, pero social, del constitucionalismo era también argumento que servía para justificar alguna renuncia en materia tan sensible como la de garantía de ingreso digno: « Los republicanos no aceptan el subsidio de paro solicitado por la representación obrera ». Era una cobertura prevista en la Constitución misma (art. 46) y que ya estaba implantada por ley, ha de suponerse que muy insatisfactoriamente al entender de « la representación obrera ». Obsérvese cómo el estilo implica que el programa está escrito desde la perspectiva del elemento no obrero.

No es el único asunto sobre el que se registra disenso: « Los republicanos no aceptan el principio de la nacionalización de la tierra y su entrega gratuita a los campesinos, solicitada por los delegados del Partido Socialista »; « no aceptan los partidos republicanos las medidas de nacionalización de la Banca propuestas por los partidos obreros »; « no aceptan los partidos republicanos el control obrero (de las empresas) solicitado por la representación del

Partido Socialista ». En todo caso, siempre que hay un rechazo se añaden compromisos bien concretos de reforma. Como en el capítulo de la justicia, sobre el que en cambio hubo acuerdo al menos de base, tales medidas habrían requerido reformas constitucionales para las que se hubieran precisado nuevas elecciones. Lo que aceptaban o no aceptaban « los republicanos » era decisivo porque el pacto se efectuaba sobre el entendimiento expreso de que los mismos se encargarían del gobierno con el respaldo parlamentario y ciudadano de « los partidos obreros », los cuales a su vez se reservaban expresamente sus programas de máximos. Unos y otros, « sin perjuicio de dejar a salvo los postulados de sus doctrinas, han llegado a comprometer un plan político común que sirva de fundamento y cartel a la coalición de sus respectivas fuerzas en la inmediata contienda electoral y de norma de gobierno que habrán de desarrollar los partidos republicanos de izquierda, con el apoyo de las fuerzas obreras ». Que éstas, incluso con las anarquistas que no habían suscrito el pacto electoral, se fueran incorporando más tarde al gobierno se debería a las circunstancias de absoluta excepción provocadas por un golpe militar de corte netamente dictatorial y la subsiguiente guerra civil e internacional en suelo español, esto por intervención decisiva italiana y alemana de parte golpista. Es un desenlace que se produjo contra una República en la que había funcionado la alternancia de gobierno por sufragio universal ⁽³⁾.

No hemos concluido aún con el programa electoral del Frente Popular resaltando los elementos que aquí más deban interesarnos. Al final del mismo, sin disentimientos ni reservas, se registran un par de compromisos de la máxima significación constitucional. « Los partidos coligados repondrán en su vigor la legislación autonómica votada por las Cortes constituyentes y desarrollarán los principios autonómicos consignados en la Constitución » es el penúltimo compromiso. « Se orientará la política internacional en un sentido de adhesión a los principios y métodos de la Sociedad de Nacio-

⁽³⁾ Para introducción ponderada a una historiografía desbordante y en parte todavía negacionista, *Luces y sombras del 14 de abril, La historiografía de la Segunda República Española*, eds. E. González Calleja y Álvaro Rivagorda, Madrid, Biblioteca Nueva, 2017.

nes », el último. Por una parte, se repondrá la autonomía de Cataluña, que había sido nulificada durante el bienio anterior, al tiempo que se impulsarán otros procesos autonómicos, lo que inmediatamente interesaba al País Vasco y a Galicia y lo cual además implicaba interrumpir la alternativa explícitamente antiautonómica que se había puesto en marcha en Aragón, con la vista puesta también en dichos otros casos, por vía de revitalización de ordenamientos históricos regionales, los dichos forales (4). Por otra parte, con el último compromiso registrado en el pacto electoral del Frente Popular, se mira a la recuperación del espíritu internacionalista de la Constitución de la República. Trato de España (5), pero el asunto me lleva a ocuparme del orden internacional en general y de la Sociedad de Naciones en particular con especial atención al escenario europeo entre constitucionalismo y dictadura.

2. *República constitucional y derecho internacional.*

He aquí pronunciamientos que figuran entre los iniciales de la Constitución de 1931: « España renuncia a la guerra como instrumento de la política nacional »; « El Estado español acatará las normas universales del Derecho internacional, incorporándolas a su derecho positivo » (arts. 6 y 7). Esto implicaba el compromiso constitucional de participación activa en la Liga o Sociedad de Naciones con la aceptación ante todo de sus instrumentos normativos. Tal organización interestatal se había establecido en 1919, tras

(4) Para este aspecto no considerado hasta ahora por la historiografía y de ulterior interés pues tendría luego notoria continuidad como alternativa de tal signo antiautonómico durante la Dictadura franquista, Jesús DELGADO, “*La Ponencia Preparatoria*” de 1935, intervención inaugural en el seminario sobre *Cincuenta años de Derecho Civil Aragonés*, Zaragoza, Institución Fernando el Católico, 11-12 de mayo de 2017, a publicarse en las actas de dicho encuentro con mayor desarrollo en la línea que aquí importa.

(5) GONZÁLEZ CALLEJA, COBO ROMERO, MARTÍNEZ RUS, SÁNCHEZ PÉREZ, *La Segunda República Española*, cit., pp. 254-276, apartado sobre relaciones internacionales y con la Sociedad de Naciones que no está entre los mejores, esto en conformidad con el estado no muy boyante de desarrollo de la bibliografía exclusivamente española que se maneja al propósito y en la que prevalecen visiones unilaterales sobre el papel de España en el ámbito internacional.

la entonces llamada Gran Guerra y luego Primera Mundial, con el empeño primario de evitar que hubiera nada parecido a una segunda ⁽⁶⁾. Que no sólo se limitaba a esto, extendiéndose de entrada también al objetivo de la paz social, lo demuestra más gráficamente la fundación al tiempo de la Organización Internacional del Trabajo con participación no sólo de Estados, sino también de organizaciones empresariales y sindicales.

La paz en sus varias dimensiones era el objetivo al menos proclamado por la Sociedad de Naciones, lo que siempre de algún modo comprometía aunque hubiera medios que fallasen ⁽⁷⁾, veremos cuánto respecto a España. La cláusula constitucional de renuncia a la guerra « como instrumento de la política nacional » procedía literalmente de un tratado multilateral de 1928, el Tratado General para la Renuncia a la Guerra, más conocido como Pacto Kellogg-Briand por los apellidos de los ministros de asuntos exteriores que lo promovieron, el estadounidense y el francés, tratado negociado y acordado al margen de la Sociedad de Naciones. La Constitución española le confería así valor normativo a lo que en origen era apenas una declaración de intenciones en el repudio de la guerra no defensiva ⁽⁸⁾. España ya tenía suscrito el tratado y era miembro de la

⁽⁶⁾ http://www.congreso.es/docu/constituciones/1931/1931_cd.pdf, para el texto de la Constitución, reprint del ejemplar oficial, el suscrito por el presidente y los secretarios de las Cortes Constituyentes. Respecto a la fundación de la Sociedad de Naciones, dejemos al margen de momento que la misma paz tras la Gran Guerra se hubiera proclamado más bien en falso: Patrick O. COHRS, *The Unfinished Peace after World War I: America, Britain and the Stabilization of Europe, 1919-1932*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006; Robert GERWARTH, *The Vanquished: Why the First War World Failed to End, 1917-1923*, Londres, Allen Lane, 2016.

⁽⁷⁾ David B. BURKS, *The United States and the Geneva Protocol of 1924: 'A New Holly Alliance'?*, en « American Historical Review », 64 (1959), 4, pp. 891-905, respecto a la frustración, por reticencia británica y presión estadounidense, de una revisión que alcanzaba a los artículos claves del Pacto de la Sociedad de Naciones, del 10 al 16, para la preservación de la paz, reforzando, entre otros extremos, la obligatoriedad del arbitraje para la resolución de conflictos entre Estados.

⁽⁸⁾ Randall LESAFFER, *Kellogg-Briand Pact (1928)*, en *The Law of Armed Conflict and the Use of Force. The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, serie temática, vol. 2, eds. Frauke Lachenmann y Rüdiger Wolfrum, Oxford, Oxford University Press, 2017, pp. 616-622. Ubicando y analizando para el espacio nordatlántico, Daniel GORMAN, *The Emergence of International Society in the 1920s*, Nueva York,

Sociedad de Naciones desde su fundación. Lo que ahora se hace es constitucionalizar todo este derecho internacional.

Tanto la renuncia a la guerra no defensiva como el valor normativo de los instrumentos internacionales se especifican debidamente en la propia Constitución: « Todos los Convenios internacionales ratificados por España e inscritos en la Sociedad de las Naciones y que tengan carácter de ley internacional, se considerarán parte constitutiva de la legislación española, que habrá de acomodarse a lo que en aquéllos se disponga (...) » (art. 65); « (...) Los proyectos de Convenios de la organización internacional del Trabajo (sic) serán sometidos a las Cortes (...). Una vez aprobados por el Parlamento, el Presidente de la República suscribirá la ratificación, que será comunicada, para su registro, a la Sociedad de las Naciones. Los demás Tratados y Convenios internacionales ratificados por España, también deberán ser registrados en la Sociedad de las Naciones, con arreglo al artículo 18 del Pacto de la Sociedad, a los efectos que en él se previenen. Los Tratados y Convenios secretos y las cláusula secretas de cualquier Tratado o Convenio no obligarán a la Nación » (art. 76); « El Presidente de la República no podrá firmar declaración alguna de guerra sino en las condiciones prescritas en el Pacto de la Sociedad de las Naciones, y sólo una vez agotados aquellos medios defensivos que no tengan carácter bélico y los procedimientos judiciales o de conciliación y arbitraje establecidos en los Convenios internacionales de que España fuera parte, registrados en la Sociedad de las Naciones (...) » (art. 77). Cabría también abandonarla, pero conforme a las previsiones del Pacto y mediante mayoría absoluta del Congreso sin especificarse por la

Cambridge University Press, 2012, caps. 8 y 9. Es originalmente tratado entre una quincena de Estados con impulso de Estados Unidos. Fue recibiendo adhesiones hasta sumar las de casi la totalidad de los miembros de la organización internacional. La adhesión de España fue temprana, de 1929. Estados Unidos no se incorporó a la Sociedad de Naciones aunque participó en algunas de sus instancias: Michael DUNNE, *The United States and the World Court, 1920-1935*, Londres, Pinter, 1988; Warren F. KUEHL, Lynne K. DUNN, *Keeping the Covenant: American Internationalists and the League of Nations, 1920-1939*, Kent, Kent State University Press, 1997, caps. 8-10, además del mismo GORMAN, *The Emergence of International Society in the 1920s*, cit., pp. 184-185, 200-202 y 262-263, justamente frente a la idea del aislacionismo estadounidense durante aquellos años.

Constitución ni las causas que podrían justificarlo ni los efectos que conllevaría para su compromiso con el derecho internacional (art. 78). ¿Cómo podía preverse así el supuesto bajo este principio constituyente: « El Estado español acatará las normas universales del Derecho internacional, incorporándolas a su derecho positivo » (art. 7 citado)? No se dio entonces la ocasión para poder debatirse. Ni luego se ha cuestionado a lo que alcanzo. En todo caso, con todo ello, no hay Constitución en la época que alcance tal grado proyectivo de integración en el derecho y la organización internacionales.

Los derechos, tanto los sociales como otros, los ponía la Constitución, no el derecho internacional, pero el compromiso con el segundo podía interesar a los primeros por cuanto sujetaba a ordenamiento al propio Estado. No sólo se trataba, con todo ello, de que el mismo se incorporase a una organización interestatal, a la que ya por otra parte pertenecía, o tan solamente de que se constitucionalizase la pertenencia. Había más. Por los términos como se manifiesta y pese a la eventualidad de la retirada, la Constitución considera el Pacto de la Sociedad de Naciones una norma de carácter superior, llegando a remitirse, con tal valor normativo, a alguna de sus prescripciones (art. 18 referido: « Todo tratado o compromiso internacional celebrado en lo futuro por un miembro de la Liga, deberá ser inmediatamente registrado y publicado por la Secretaría a la brevedad posible. Ninguno de esos tratados o compromisos internacionales será obligatorio antes de que haya sido registrado »). El compromiso constitucional añadido de sometimiento a « los procedimientos judiciales o de conciliación y arbitraje establecidos en los Convenios internacionales » significaba ante todo la aceptación de la competencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional, instancia judicial interestatal establecida por el Pacto de la Sociedad de Naciones ⁽⁹⁾.

La Constitución también incorporaba un instrumento determinado de la Sociedad de Naciones, de 1924, que no tenía el valor

⁽⁹⁾ Para una edición con indicación de las reformas habidas, *International Organisation and Integration: A Collection of the Texts of Documents Relating to the United Nations, its Related Agencies and Regional International Organisations*, Dordrecht, Springer, 1968, pp. 12-19, seguida por la del Pacto Kellogg-Briand. Ninguno de los pasajes aquí citados o por citar fue modificado por las reformas.

de tratado: « (...) El Estado prestará (...) protección a la maternidad y a la infancia, haciendo suya la ‘Declaración de Ginebra’ o tabla de los derechos del niño » (art. 43). Ginebra era la sede de la Sociedad de Naciones. Así se decía, tabla de derechos, pero no era en rigor tal ⁽¹⁰⁾, como tampoco respondía a derechos el activismo en el seno de la Sociedad de Naciones, por su Sección Social, para la protección de mujeres y menores de edad contra la trata de servidumbre sexual ⁽¹¹⁾. Derechos no había en aquel orden internacional. La Constitución por su parte los reconocía paladinamente sin discriminación entre sujetos: « No podrán ser fundamento de privilegio jurídico: la naturaleza, la filiación, el sexo, la clase social, la riqueza, las ideas políticas ni las creencias religiosas. El Estado no reconoce distinciones y títulos nobiliarios » (art. 25). En el Pacto de la Sociedad de Naciones un canon de igualdad de género se registraba sin base de derechos y en forma limitada: « Todas las funciones de la Sociedad o de los servicios relacionados con ella inclusive la Secretaría, son accesibles igualmente a los hombres y a las mujeres » (art. 7.3).

Aunque no se tratara exactamente de una declaración de derechos del menor y la menor, la recepción expresa de la « Declaración de Ginebra » era en todo caso otro signo elocuente de la incardinación empeñada de la norma constitucional en el derecho internacional. Subrayemos que no había derechos humanos ni de menores ni de mayores. La Sociedad de Naciones no los reconocía

⁽¹⁰⁾ *International Documents on Children*, ed. Geraldine Van Bueren, La Haya, Martinus Nijhoff, 1998, p. 3; la misma G. VAN BUEREN, *The International Law on the Rights of the Child*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1998, pp. 6-9, aun no precisando el alcance limitado de aquella resolución de la Asamblea General de la Sociedad de Naciones en cuanto que no reconocía exactamente derechos.

⁽¹¹⁾ GORMAN, *The Emergence of International Society in the 1920s*, cit, cap. 2 (pp. 58 y 82: « a language of protection that cast women as victims rather than autonomous individuals »; « the conviction that controlling women’s rights was a means of preventing forced prostitution »). Con la típica distorsión de la teleología suelen en cambio considerarse como precedentes del reconocimiento internacional de los derechos humanos: Barbara METZGER, *Towards an International Human Rights Regime during the Inter-War Years: The League of Nations’ Combat of Traffic in Women and Children*, en *Beyond Sovereignty: Britain, Empire and Transnationalism, c. 1880-1950*, eds. Kevin Grant, Philippa Levine y Frank Trentmann, Nueva York, Palgrave Macmillan, 2007, pp. 54-79.

ni, aún menos, se fundaba en ellos. Ni siquiera lo hacía cuando en 1926 dio impulso a una política internacional de abolición de la esclavitud de alcance limitado pues no se basaba en los derechos de las personas esclavizadas (12). Tampoco había instancias jurisdiccionales internacionales que mirasen a derechos. La Corte Permanente de Justicia Internacional era una jurisdicción entre Estados sin cabida directa para nada que pudiera entenderse como derechos de sus ciudadanos o ciudadanas. Por su parte, la Organización Internacional del Trabajo tampoco se fundó sobre el reconocimiento de los derechos de trabajadores y trabajadoras, en cuyo caso tendría que haber comenzado por enfrentarse con las prácticas esclavistas coloniales de Estados que constituían la propia Sociedad de Naciones. Ahí se encierra una clave que vamos a afrontar. No hubo ni cabía que hubiera reconocimiento consecuente de derechos como base del orden internacional porque este orden acogía y alimentaba el colonialismo (13). Que, posteriormente, Naciones Unidas intentase durante sus primeros años realizar la cuadratura del círculo entre derechos y colonialismo es historia que añade nuevas evidencias a la imposibilidad (14).

La actividad y la incidencia de la Sociedad de Naciones fueron dilatadas, cubriendo bastantes campos. No conozco ninguna expo-

(12) B. CLAVERO, *Europa y su diáspora. Debates sobre colonialismo y derecho*, Santiago de Chile, Olejnik, 2016, cap. 2: *¿Se debe a derechos humanos la abolición de la esclavitud?* (originalmente en «Quaderni Fiorentini», 44, 2015, pp. 1075-1109), particularmente pp. 114-121, para el derecho internacional. La teleología de una historia abocada a derechos humanos tampoco deja de operar en este capítulo distorsionándolo: K. GRANT, *Human Rights and Sovereign Abolitions of Slavery, 1890-1950*, en *Beyond Sovereignty*, cit., pp. 80-102, respecto a las aboliciones por Estados.

(13) LUÍS RODRÍGUEZ-PIÑERO, *Indigenous Peoples, Postcolonialism, and International Law: The ILO Regime, 1919-1989*, Nueva York, Oxford University Press, 2005, para la Organización Internacional del Trabajo, no habiendo una monografía tan específica equivalente ni la para la Corte Permanente de Justicia Internacional en particular ni para la Sociedad de Naciones en general.

(14) B. CLAVERO, *Derecho Global. Por una historia verosímil de los derechos humanos*, Madrid, Trotta, 2014; Benjamin Allen COATES, *Legalist Empire: International Law and American Foreign Relations in the Early Twentieth Century*, Nueva York, Oxford University Press, 2016, conclusión.

sición que cubra su despliegue satisfactoriamente ⁽¹⁵⁾. Comenzaba por ocurrir que su mera existencia, previera lo que previese la Constitución de cada Estado, potenció el valor del derecho internacional muy por encima de lo que fuera imaginable con anterioridad a la Gran Guerra particularmente en el escenario europeo ⁽¹⁶⁾. Lo cual no quiere decir que el derecho internacional se transformara entonces en términos sustantivos para inspiración y por impulso de la Sociedad de Naciones. Es lo que pretende la propaganda de entonces y lo que mantiene buena parte de la historiografía de hoy. El Presidente de Estados Unidos Woodrow Wilson habría inspirado un nuevo derecho internacional y la novedosa organización interestatal imprimiéndoles principios como el de la democracia y el de la autodeterminación. Nada más lejos de la realidad ⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁵⁾ Mas véanse Anique H.M. VAN GINNEKEN, *Historical Dictionary of the League of Nations*, Lanham, Scarecrow Press, 2006, y, sumariamente, Zara STEINER, *The Triumph of the Dark: European International History 1933-1939*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 173-178.

⁽¹⁶⁾ Tras Margaret MACMILLAN, *Peacemakers: The Paris Peace Conference of 1919 and its Attempt to End War*, John Murray, 2001, y de Z. STEINER, *The Lights that Failed: European International History, 1919-1933*, Oxford, Oxford University Press, 2005, hay historiografía incisiva: Erez MANELA, *The Wilsonian Moment: Self-Determination and the International Origins of Anticolonial Nationalism*, Oxford, Oxford University Press, 2007; Ross A. KENNEDY, *The Will to Believe: Woodrow Wilson, World War I, and America's Strategy for Peace and Security*, Kent, Kent State University Press, 2009; GORMAN, *The Emergence of International Society in the 1920s*, cit; Hatsue SHINOHARA, *US International Lawyers in the Interwar Years: A forgotten crusade* (2003), Nueva York, Cambridge University Press, 2012; Isabel V. HULL, *A Scrap of Paper: Breaking and Making International Law during the Great War*, Ithaca, Cornell University Press, 2014; Adam TOOZE, *The Deluge: The Great War and the Remaking of Global Order, 1916-1931*, Londres, Allen Lane, 2014; Volker PROTT, *The Politics of Self-Determination: Remaking Territories and National Identities in Europe, 1917-1923*, Oxford, Oxford University Press, 2016; Peter CLARKE, *The Locomotive of War: Money, Empire, Power and Guilt*, Londres, Bloomsbury, 2017.

⁽¹⁷⁾ Trygve THRONTVEIT, *The Fable of the Fourteen Points: Woodrow Wilson and National Self-Determination*, en «Diplomatic History», 35 (2011), 3, pp. 445-481; TOOZE, *The Deluge*, cit., p. 119: «Neither of the two key terms usually ascribed to Wilsonian internationalism — democracy and self-determination — appear anywhere in the text» de los 14 Puntos para un Nuevo orden internacional (júzguse por el quinto: «A free, open-minded, and absolutely impartial adjustment of all colonial claims, based upon a strict observance of the principle that in determining all such questions of sovereignty the interests of the populations concerned must have equal weight with the

Ni lo uno ni lo otro, ni autodeterminación ni democracia, se aplicaba propiamente como principio de derecho internacional ni siquiera a latitudes no coloniales monitorizadas por la Sociedad de Naciones como las centroeuropeas (18). Ni democracia ni autodeterminación constituyen principios que tuvieran peso en el diseño de esta organización interestatal, ya no digamos en su puesta en pie y en marcha (19). Un régimen de los mandatos por el que se confiaba a

equitable claims of the government whose title is to be determined»). Sobre la trayectoria del sintagma, Eric D. WEITZ, *Self-Determination: How a German Enlightenment Idea Became the Slogan of National Liberation and a Human Right*, en « American Historical Review », 120 (2015), 2, pp. 462-496. El derecho de libre determinación fue producto por entonces de movimientos anticoloniales y no del derecho internacional, o, aún menos, de la Sociedad de Naciones: MANELA, *The Wilsonian Moment*, cit., parte II. Las posiciones de Wilson cobran sentido en el transcurso de un viraje de los Estados Unidos entre imperialismo formal transcontinental y colonialismo informal global: Colin D. MOORE, *American Imperialism and the State, 1893-1921*, Nueva York, Cambridge University Press, 2017, mirando sólo a lo primero.

(18) La confusión se mantiene hasta en títulos cuyas mismas evidencias no vienen exactamente a corroborar lo así enunciado: PROT, *The Politics of Self-Determination*, cit., p. 4: « the peacemakers at the Paris Peace Conference of 1919 were constantly tempted to determine by themselves what the people 'ought to wish' », o más que tentados y prefiriendo en todo caso, como el propio V. Prot subraya (pp. 7-9, 27-29, 39-50, 115-118 y 240-241), el dictamen de expertos con desigual conocimiento local y carga de agenda política que la deliberación y el pronunciamiento de la gente concernida, un incentivo para el recurso a la violencia que alargara de hecho la guerra por Centroeuropa. *The Politics of Self-Determination* ha de ocuparse por supuesto (cap. 7) del régimen de minorías arbitrado por la Sociedad de Naciones como accesorio de la creación o recreación de Estados por identidad nacional con población plurinacional. Para comparación e interferencias entre regímenes de nación, de minoría y de zona internacionalizada, Nathaniel BERMAN, *'But the Alternative is Despair': European nationalism and the modernist renewal of international law*, en « Harvard Law Review », 106 (1993), 8, pp. 1793-1903; lo último para ahora también, con sus profundas implicaciones coloniales, Ralph WILDE, *International Territorial Administration: How Trusteeship and the Civilizing Mission Never Went Away*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

(19) Véase todavía cómo el mismo PROT, *The Politics of Self-Determination*, cit., pp. 54-55, aun con contrapunto que su propio estudio supone, presenta de esta guisa el respectivo principio wilsoniano: « The democratization of international relations should be based on the right of self-government, that is, the populations affected by international policy should be consulted and ideally direct its course », pero tampoco rehúye la conclusión, p. 238: « national self-determination did not in fact constitute the guiding principle for the territorial rearrangement of Europe », cuánto menos para fuera de Europa.

Estados vencedores en la Gran Guerra el gobierno de territorios de los vencidos tanto coloniales como, anteriormente, no coloniales, ofrece la prueba de fuego de un colonialismo que seguirá aún activo cuando las Naciones Unidas y un orden europeo se funden bajo un principio de adopción de derechos humanos y libertades fundamentales (20).

Para lo bueno y para lo malo, también para lo malo por la persistencia ante todo del colonialismo crecientemente travestido, se produjo una cierta modificación de las relaciones entre derecho de Estado y derecho supraestatal cuyo desarrollo llega hasta hoy a través de reciclaje con derechos humanos por obra sobre todo de Naciones Unidas (21). La misma confluencia entre derecho constitucional y derecho internacional fue un fenómeno de cierta difusión y algún arraigo en la Europa de los tiempos de la Sociedad de Naciones. Aun en medida limitada, pero suficiente para apreciarse por entonces (22), hubo interactividad entre constitucionalismo y iusinternacionalismo, sería excesivo decir que internacionalización del uno y constitucionalización del otro.

En este periodo de desenvolvimiento ya no sólo estatal del constitucionalismo la Constitución de la República Española ocupa

(20) Antony ANGHIE, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, cap. 3; Peo HANSEN, Stephan JONSSON, *Eurafrica: The Untold History of European Integration and Colonialism*, Londres, Bloomsbury, 2014, caps. 2-4. Resulta por lo demás elocuente que el régimen de mandatos se propuso que fuera de aplicación incluso a Centroeuropa por parte del propio promotor de esta forma internacionalizada de colonialismo, el militar y político sudafricano Jan Smuts (*The League of Nations: A Practical Suggestion*, Londres, Hodder y Stoughton, 1918, más efectivo que los puntos de Wilson), el mismo que luego, en 1945, propondría la invocación de los derechos humanos en la Carta de las Naciones Unidas cual cobertura de la continuidad general del colonialismo que pretendía dirigirse a fomentarlos: TOOZE, *The Deluge*, cit., p. 285; Mark MAZOWER, *Non Enchanted Palace: The End of Empire and the Ideological Origins of the United Nations*, Princeton, Princeton University Press, 2009, cap. 1; PEDERSEN, *The Guardians*, cit., pp. 27 y 22.

(21) STEINER, *The Lights that Failed*, cit., cap. 7; M. MAZOWER, *Governing the World: The History of an Idea, 1815 to the Present*, Nueva York, Penguin, 2012, caps. 5-7, con visión muy crítica tanto de la Sociedad de Naciones como de Naciones Unidas.

(22) Boris MIRKINE-GUETZEVITCH, *Droit Constitutionnel International*, París, Sirey, 1933 (*Derecho Constitucional Internacional*, Madrid, Editorial de la Revista de Derecho Privado, 1936; Reus, 2009).

una posición relevante usualmente no reconocida, como tampoco suele serlo más en general el momento constitucional del derecho internacional (23). España misma, como ahora vamos a ver, tuvo que hacer valer este detalle ante la propia Sociedad de Naciones cuando sufra la agresión de dictaduras europeas. De las posiciones internacionalistas de aquel constitucionalismo republicano algo supo apreciarse ciertamente en la época tanto dentro como fuera de España (24).

3. *La clave del colonialismo entre República Española y Sociedad de Naciones.*

La Sociedad de Naciones constituía una organización entre Estados comprometida ante todo con la causa de la paz, lo que implicaba que quería estarlo con el orden del derecho y los imperativos de la justicia: « Las Altas Partes Contratantes, a fin de promover la cooperación internacional y alcanzar la paz y seguridad internacionales, por la aceptación de ciertas obligaciones de no recurrir a la guerra, por la prescripción de relaciones francas, justas y honorables entre las naciones, por el firme establecimiento de las normas del derecho internacional como la regla de conducta efectiva entre los gobiernos, y por el mantenimiento de la justicia y un respeto escrupuloso de todas las obligaciones de los tratados en las

(23) Véase el panorama de la renovación del constitucionalismo en Europa con el que se introduce M. MAZOWER, *Dark Continent: Europe's Twentieth Century*, Londres, Allen Lane, 1998, cap. 1. Para evidencia de la desatención más general del momento constitucional del derecho internacional, Martti KOSKENNIEMI, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law, 1870-1960*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001.

(24) José Ramón DE ORÚE, *Preceptos internacionales en la Constitución de la República española*, en « Revista General de Legislación y Jurisprudencia », 160 (1932), pp. 385-465, con tirada exenta, Madrid, Reus, 1932; B. MIRKINE-GUETZEVITCH, *Modernas tendencias del derecho constitucional*, Madrid, Reus, 1934 (y 2013), cap. 8: « La nueva Constitución española y el *Ius Gentium Pacis* », no incluido en las ediciones de *Les nouvelles tendances du droit constitutionnelle*, París, Marcel Guiard, 1931, y LGDJ, 1936; Francis O. WILCOX, *The League of Nations and the Spanish Civil War*, en « Annals of the American Academy of Political and Social Science », 198 (1938), *Present International Tensions*, pp. 65-72, destacando de entrada « the spirit of internationalism » de la Constitución española.

relaciones recíprocas de los pueblos organizados, convienen en el presente Pacto de la Liga de las Naciones » (Preámbulo). El articulado que seguía no desmentía, pero sí matizaba ese imperio del derecho. No le era en efecto de un derecho de derechos que pudieran decirse humanos y, aún menos, mucho menos, en algún pie, aunque fuera incipiente, de igualdad. Fue rechazada una propuesta de Japón contra la discriminación racial que además se contraía a la aplicación entre Estados para evitar las políticas racistas de inmigración ⁽²⁵⁾.

El colonialismo que, aparte sus implicaciones lesivas en términos de genocidio cotidiano para los pueblos sometidos, había sido un factor de la máxima importancia en el desencadenamiento de la Gran Guerra, se mantenía casi incólume. Las esperanzas despertadas por la predicación de un principio de autodeterminación en el proceso que condujo a la Sociedad de Naciones fueron rotundamente defraudadas ⁽²⁶⁾. Lo de casi en lo de la continuidad del colonialismo se refiere a la reasignación de las colonias de las

⁽²⁵⁾ Naoko SHIMAZU, *Japan, Race and Equality: The racial equal proposal of 1919*, Nueva York, Routledge, 1998; Thomas W. BURKMAN, *Japan and the League of Nations: Empire and World Order, 1914-1938*, Honolulu, University of Hawai'i Press, 2008, pp. 80-86, 91-94 y 100-103. Japón se significaba frente al colonialismo europeo más allá de sus propias posiciones: Pankaj MISHRA, *From the Ruins of Empire: The Intellectuals Who Remade Asia*, Nueva York, Farrar, Straus and Giroux, 2012, prólogo (pp. 1-11). Ahora, Arnulf BECKER LORCA, *Mestizo International Law: A Global Intellectual History, 1842-1933*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, pp. 246-251, sobre la desigualdad entre Estados en el mismo seno de la Sociedad de Naciones por la resistencia a revisar tratados de entidad o implicación colonial (pese al Pacto, art. 19: « La Asamblea podrá, de tiempo en tiempo, aconsejar a los miembros de la Liga la reconsideración de los tratados que hayan llegado a ser inaplicables, así como la consideración de las situaciones internacionales cuyo mantenimiento podría poner en peligro la paz del mundo »); cap. 3, para la problemática de los tratados desiguales comparada entre Asia y Latinoamérica, aun sin advertir los acordados con pueblos indígenas; pp. 166-178, para el caso japonés y la Sociedad de Naciones. Que interesara, entre España y Francia, al caso de Marruecos al que ahora nos referiremos, tal resistencia a revisar tratados de orden colonial también importó al mantenimiento de los protectorados.

⁽²⁶⁾ MANELA, *The Wilsonian Moment*, cit. Para el genocidio colonial como de efecto cotidiano incluso hoy, Patrick WOLFE, *Settler colonialism and the elimination of the native*, en « Journal of Genocide Research », 8 (2006), 4, pp. 387-409; *Empire, Colony, Genocide: Conquest, Occupations, and Subaltern Resistance in World History*, ed. A. Dirck Moses, Nueva York, Berghahn, 2008; B. CLAVERO, *¿Hay genocidios cotidianos?*

potencias derrotadas, junto a algunos territorios que no habían sido antes coloniales. Fueron repartidos entre las potencias vencedoras bajo el nuevo régimen de mandatos internacionales, esto es, de administración fiduciaria en nombre y bajo la supervisión de la propia Sociedad de Naciones, así potencia colonial ella misma: « A las colonias y territorios que, a raíz de la reciente guerra, han cesado de hallarse bajo la soberanía de los Estados que los gobernaban anteriormente y que son habitados por pueblos aún incapaces de regirse por sí mismos en las condiciones particularmente difíciles del mundo moderno, deberá aplicarse el principio de que el bienestar y el desarrollo de esos pueblos constituyen una misión sagrada de civilización, y deberán ser incorporadas en el presente pacto garantías para el cumplimiento de dicha misión. El mejor método para realizar prácticamente este principio consiste en confiar la tutela de esos pueblos a las naciones adelantadas que, gracias a sus recursos, a su experiencia o a su posición geográfica, son las más indicadas para asumir esa responsabilidad, y que consientan en aceptarlas: dicha tutela debería ser ejercida por esas naciones en calidad de mandatarios y en nombre de la Liga (...) » (Pacto, art. 22). La Sociedad de Naciones se tomó tan en serio su labor supervisora que inventó el neocolonialismo del ejercicio de la autodeterminación y acceso a la independencia bajo la férula y con los condicionamientos de la potencia excolonial (27).

¿Qué hay acerca de las propias colonias en la Constitución de

Y otras perplejidades sobre América indígena, Copenhague, International Work Group for Indigenous Affairs, 2011.

(27) S. PEDERSEN, *Settler Colonialism and the Bar of the League of Nations*, en *Settler Colonialism in the Twentieth Century*, eds. Caroline Elkins y S. Pedersen, Nueva York, Routledge, 2005, pp. 113-134; la misma S. PEDERSEN, *Getting Out of Iraq — in 1932: The League of Nations and the Road to Normative Statehood*, en « American Historical Review », 115 (2010), 4, pp. 975-1000; y ID., *The Guardians: The League of Nations and the Crisis of Empire*, Oxford, Oxford University Press, 2015, cap. 9 de vuelta al caso de la independencia de Irak en 1932, y su conclusión anticipada, p. 4: « League oversight could not force the mandatory powers to govern mandated territories differently; instead, it obliged them to say they were governing them differently », generándose así un aparente disciplinamiento. El caso se repitió en 1936 con la independencia de Egipto, que no era mandato, sino protectorado británico desde la Gran Guerra. Todavía S. PEDERSEN, *Empires, States and the League of Nations*, en *Internationalisms: A Twentieth-Century History*, eds. Glenda Sluga y Patricia Clavin, Cambridge, Cambridge

la República Española? Nada, un silencio que habrá de leerse conforme a pronunciamientos y comportamientos coetáneos. En ningún momento se entendió que la Constitución, por no especificar nada sobre colonias o similar, fuese inmediatamente aplicable en las extensiones de una soberanía española. Durante los meses preconstitucionales de gobierno provisional de la República, un ministro suyo y exponente destacado del Partido Socialista podía manifestar posiciones netamente coloniales: « España quiere utilizar los millones y las energías que le está costando ese trozo del territorio marroquí en destruir el analfabetismo interior, en elevar la cultura de su pueblo y en capacitar ciudadanamente al país para llevar a su fin la obra democrática emprendida el 14 de abril » con la República. Por lo que tocaba al caso, el del Protectorado de Marruecos, de parte socialista se sugería su transferencia a la Sociedad de Naciones bajo el entendido de que ésta lo convertiría en mandato encomendado a otro Estado. Francia, con presencia colonial también en Marruecos, y Gran Bretaña se oponían alegando tratados que, con sus cláusulas secretas, resultaban ahora, a la luz de la Constitución española, de dudosa juridicidad ⁽²⁸⁾. La España de la República mantuvo en definitiva sus colonias. Otras más propia-

University Press, 2017, pp. 113-137, contemplando la Sociedad de Naciones ante todo como Sociedad o Liga de Imperios.

⁽²⁸⁾ Acerca del llamado, desde perspectiva colonial, abandonismo y de la presión exterior, José Luis NEILA, *Las responsabilidades internacionales de la II República en Marruecos: el problema del abandonismo*, en « Estudios Africanos. Revista de la Sociedad Española de Africanistas », 8 (1990), 9, pp. 47-71. Al apremio francés no se respondió entonces con el cuestionamiento constitucional de los tratados coloniales y sus usuales cláusulas secretas, aunque sí se hizo para otros casos. El régimen de protectorado, anterior al de mandatos de la Sociedad de Naciones, presentaba similitudes, pero con la diferencia fundamental de no estar sometido al escrutinio directo de la organización internacional: ANGHIE, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, cit., pp. 87-90. Pues no mediaba la autoridad de la Sociedad de Naciones, el protectorado podía estar más cerca de la sujeción colonial que el mandato: era más fácil reducir a colonia al primero que al segundo; para ejemplos de lo uno y de lo otro, Kenia y Tanganica bajo el Imperio británico: PEDERSEN, *The Guardians*, cit., pp. 221-231. Sobre los tratados del caso y sus cláusulas secretas, Sebastian BALFOUR, *Deadly Embrace. Morocco and the Road to the Spanish Civil War*, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 5-7.

mente tales, como Guinea, ni siquiera se cuestionaban de ese modo ⁽²⁹⁾.

Se operaba sobre la base de raigambre decimonónica de que la Constitución no era de aplicación a las colonias salvo extensión expresa. Y así se procede. Para el Protectorado se regula, por ejemplo, la limitación de la jornada laboral (Constitución, art. 46), pero no se reconoce un instrumento que pudiera hacerla efectiva como el derecho de sindicación o, en general, de asociación (Constitución, art. 39). Este derecho, el de asociarse, también se reglamenta, pero para incrementar un control. En 1931, se convocan en el Protectorado por el gobierno provisional elecciones municipales con sufragio indígena cuyos resultados, poco halagüeños para el colonialismo, son en su mayoría llanamente anulados ⁽³⁰⁾. La participación electoral de las colonias en el proceso constituyente ni se concebía. El programa del Frente Popular no las mencionaba a ningún efecto. Su silencio significaba lo mismo que el de la Constitución. Incluso un principio constitucional y, con el Pacto Kellogg-Briand, internacional tan aparentemente categórico como el de la renuncia a la guerra no defensiva se modula para el espacio colonial. Cuando se discute un primer proyecto de Estatuto de Autonomía catalán con la previsión de que el servicio militar de los catalanes habría de prestarse dentro de Cataluña se utilizó el argumento de que esto no será aplicable a intervenciones militares en las colonias por constituir esto en rigor acción de policía y no de guerra ⁽³¹⁾. ¿Mera escaramuza dialéctica? Tal distinción, con sus consecuencias,

⁽²⁹⁾ Yasuhiro FUKASAWA, *El Marruecos español y el 'pacifismo' de la Segunda República Española*, en *Actas del II Congreso Ibero-Asiático de Hispanistas (Kioto, 2013)*, eds. Shoji Bando y Mariela Insúa, Pamplona, Universidad de Navarra, 2014, pp. 587-600 (589-592).

⁽³⁰⁾ *Ibid.*, pp. 593-595; con visión en cambio de cariz retrocolonialista, José Luis VILLANOVA, *El Protectorado de España en Marruecos. Organización política y territorial*, Barcelona, Bellaterra, 2004, pp. 298-309; *Una aproximación al Protectorado español en Marruecos*, en *La Administración del Protectorado Español en Marruecos*, eds. Javier Alvarado Planas y Juan Carlos Domínguez Nafría, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2014, pp. 79-109 (98).

⁽³¹⁾ De nuevo, por sus pocas páginas sin desperdicio, FUKASAWA, *El Marruecos español*, cit., pp. 592-593. Como no leo japonés, no puedo aprovechar sus publicaciones matrices al respecto.

constituía un principio entendido entre los Imperios coloniales. La guerra en las propias colonias, la peor realmente, no era guerra en absoluto ⁽³²⁾.

Derecho tanto constitucional como internacional han de tomarse en la época con ese beneficio de inventario colonial a todos los efectos, no sólo para algún capítulo en particular. Lo usual es lo contrario, el no advertir ni siquiera el peso del factor colonial en el colonialismo metropolitano ⁽³³⁾. En definitivas cuentas, para la República Española como por doquier aun con un buen radio de modalidades, los derechos de uno u otro tipo, civiles, políticos o sociales, sólo se reconocían constitucionalmente, sin necesidad de decirse, para la metrópolis. Sólo era para este ámbito que se prevían procedimientos políticos y garantías judiciales. Para las colonias lo que podía existir eran concesiones como tales reversibles. He ahí las condiciones claves para que constitucionalismo y colonialismo fuesen, como lo eran, dos caras de una misma moneda ⁽³⁴⁾. No era otro el paradigma constitutivo del derecho internacional en general y de la Sociedad de Naciones en especial, guardando consecuencia.

⁽³²⁾ STEINER, *The Triumph of the Dark*, cit., p. 32, testimonio británico en tal mismo sentido de argumentar que la guerra colonial es policía a fin de cubrir bombardeos y uso de gas letal contra población civil particularmente en Irak; en la época, para el similar argumento francés, criticándolo, Quincy WRIGHT, *The Bombardment of Damascus*, en «American Journal of International Law», 20 (1926), 2, pp. 263-280; avalándolo, Elbridge COLBY, *How to Fight Savage Tribes*, en «American Journal of International Law», 21 (1927), 2, pp. 279-288. En la Sociedad de Naciones al menos en una ocasión se recibió denuncia desde Marruecos, desde la zona francesa, instancia que se remitió a la Corte Permanente de Justicia Internacional, la cual, a su vez, no la admitió a trámite: BECKER LORCA, *Mestizo International Law*, cit., p. 253, y pp. 257-258 para documentación en la Sociedad de Naciones sobre prácticas similares de España. Protectorados ni mandatos ni colonias, sino tan sólo Estados, se cualificaban como partes legitimadas ante la jurisdicción internacional.

⁽³³⁾ Cirio MILIONE, *Los principios inspiradores de la política exterior en la Constitución de la Segunda República Española*, en *Constitución de 1931: estudios jurídicos sobre el momento republicano español*, eds. Luis E. Gordillo, S. Martín y Víctor J. Vázquez, Madrid, Marcial Pons, 2017, pp. 161-182: el «pacifismo absoluto» como presunto principio (p. 164), algo recurrente en la historiografía española.

⁽³⁴⁾ B. CLAVERO, *Constitucionalismo colonial. Oeconomía de Europa, Constitución de Cádiz y más acá*, Madrid, Universidad Autónoma, 2016; ID., *Constitucionalismo latinoamericano. Estados criollos entre pueblos indígenas y derechos humanos*, Santiago de Chile, Olejnik, 2016.

Especialmente se manifiesta en la obra de su Comisión Permanente de Mandatos ⁽³⁵⁾. Y es cosa bien asumida por la cultura social que se tenía por internacional, como si pudiese con esta presunción representar y regir a la humanidad entera con toda su inconmensurable multiculturalidad ⁽³⁶⁾.

Para lo bueno y para lo malo, la República Española sintonizaba con la Sociedad de Naciones. Tanto antes como durante los años republicanos, la participación de España en la organización internacional fue muy dispar, aunque ciertamente se incrementó en dicho tiempo de República y más aún, como habremos de contemplar, cuando la misma se viera sometida al asalto del golpe militar y la guerra consiguiente. La participación no sólo se desarrollaba en los órganos políticos de la organización internacional, como la Asamblea de todos los Estados miembros y el Consejo más restringido, sino también en las instancias relativamente más técnicas de los

⁽³⁵⁾ PEDERSEN, *The Guardians*, cit., p. 111: « The programme that emerged (de la Comisión de Mandatos) was at once paternalistic and authoritarian, rhetorically progressive and politically retrograde — a programme perfectly tailored to the task of rehabilitating the imperial order at its moment of greatest disarray »; p. 140: « Mandatory administration should protect native populations from economic exploitation; they should seek to preserve ‘native practices’ and limit racial contact and cultural ‘hybridization’; they should bolster ‘traditional authorities’ but keep political rights and the prospect of self-determination off the table ». Se pretende en cambio que ahí radica una « prehistoria » de la autodeterminación: BECKER LORCA, *Mestizo International Law*, cit., caps. 7 y 8.

⁽³⁶⁾ Edward KEENE, *Beyond the Anarchical Society: Grotius, Colonialism and Order in World Politics*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002; Paul KEAL, *European Conquest and the Rights of Indigenous Peoples: The Moral Backwardness of International Society*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003; Balakrishnan RAJAGOPAL, *International Law from Below: Development, Social Movements and Third World Resistance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003; Bruce MAZLISH, *Civilization and its Contents*, Stanford, Stanford University Press, 2004; *International Law and its Others*, ed. Ann Oxford, Cambridge, Cambridge University Press, 2006; ANGHIE, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, cit.; *Empire, Colony, Genocide*, ed. A.D. Moses, cit.; Brett BOWDEN, *The Empire of Civilization: The Evolution of an Imperial Idea*, Chicago, University of Chicago Press, 2009; Luigi NUZZO, *Origini di una Scienza. Diritto internazionale e colonialismo nel XIX secolo*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 2012; David ARMITAGE, *Foundations of Modern International Thought*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013; *International Law and Empire: Historical Explorations*, eds. M. Koskenniemi, Walter Rech y Manuel Jiménez Fonseca, Oxford, Oxford University Press, 2017.

órganos especializados. Precisamente en la Comisión Permanente de Mandatos, la destinada a supervisar el colonialismo fiduciario, la participación española se significó ⁽³⁷⁾.

Lo hizo por defender la autodeterminación de territorios árabes sometidos al régimen de mandato con intervenciones que en momentos parece considerarla un derecho frente al colonialismo. Sin embargo, en el contexto de las competencias de la Comisión y de los debates en la Asamblea, no se trata estrictamente en ningún momento de una reivindicación de tal derecho. Eran manejos de un colonialismo menor ante colonialismos mayores. Y también había complicidad entre ellos. España niega en la Sociedad de Naciones las atrocidades cometidas por Francia o por Gran Bretaña en Siria o en Irak, equiparables a la postre a las suyas en Marruecos ⁽³⁸⁾. Por otra parte, la República española en ningún momento pensó en aplicar a sus colonias el cuento de la autodeterminación que defendiera en el seno de la organización internacional. Aparte de que ni

⁽³⁷⁾ PEDERSEN, *The Guardians*, cit., siendo estos *tutores* los miembros de la Comisión de Mandatos, entre ellos el español que enseguida digo. No detecto presencia española significativa en alguna otra instancia relevante ya también cumplidamente investigada (P. CLAVIN, *Securing the World Economy: The Reinvention of the League of Nations, 1920-1946*, Oxford, Oxford University Press, 2013, respecto a su Organización Económica y Financiera), salvo para el caso de las minorías, para lo cual, subrayándose sus deficiencias, Carole FINK, *Defending the Rights of Other: The Great Powers, the Jews, and International Minority Protection, 1878-1938*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, parte III; Umut ÖZSU, *Formalizing Displacement: International Law and Population Transfers*, Oxford, Oxford University Press, 2015, cap. 1.II. Y véanse en el *Index* de *The Guardians* referencias a « Azcárate, Pablo », diplomático español que fue miembro y, entre 1930 y 1933, director de la Sección de Minorías de la Sociedad de Naciones, evaluándola luego, tras la Guerra Mundial: Pablo de AZCÁRATE, *League of Nations and National Minorities*, Washington, Carnegie Endowment for International Peace, 1945.

⁽³⁸⁾ Referencias a « Palacios, Leopoldo » en el *Index* de PEDERSEN, *The Guardians*, cit.; para el negacionismo respecto a las acciones de Francia, toda una « gloria de la historia de la civilización » según el delegado español, p. 165. Sobre el terrorismo francés en Siria y el consiguiente debate internacional que alcanza también a Marruecos, BECKER LORCA, *Mestizo International Law*, cit., pp. 287-304; PEDERSEN, *The Guardians*, cit., pp. 159-160 y 164-166. Para las posiciones convencionalmente progresistas del español, Leopoldo PALACIOS, *Los mandatos internacionales de la Sociedad de Naciones*, Madrid, Victoriano Suárez, 1928, concienzudo estudio sin cabida para el derecho de autodeterminación.

Francia ni Gran Bretaña ni la Sociedad de Naciones se lo hubieran permitido, ni siquiera se lo planteó cuando tuvo la aspiración más a la vista por el resultado de las referidas elecciones municipales de 1931 en el Protectorado de Marruecos.

4. *Guerra de España, derecho internacional y Sociedad de Naciones.*

Regresemos a 1936. Entre el 17 y el 18 de julio de dicho año, desde un lado y otro del estrecho de Gibraltar, la Constitución más iusinternacionalista sufre la agresión del golpe más contraconstitucional. No nos llamemos a engaño. Cuidemos de que no nos contamine la historia-ficción producida no sólo bajo la Dictadura franquista, sino también por cuantos, en otras latitudes, la aceptaron de partida o acabaron haciéndolo. No fue un golpe contra un gobierno o, aún menos, contra una presunta situación de completo desgobierno ⁽³⁹⁾, sino contra el sistema constitucional y de derecho internacional representados por la República Española como el curso y el desenlace de la guerra subsiguiente confirmarían ⁽⁴⁰⁾.

De hecho, aunque buena parte de la historiografía siga empeñada en ignorarlo, desde la propia instauración de la República Española en 1931 se venía desarrollando la conspiración que, tras conseguir el compromiso de financiación y apoyo militar de la Italia fascista, conduciría al golpe de Estado de mediados de julio de 1936. Pronto, en cuestión de días, la Alemania nazi se sumó política, financiera y militarmente a la agresión contra la República Española que conduciría a la dilatada y camaleónica Dictadura del general

⁽³⁹⁾ Es composición que todavía pugna no sólo en España: STEINER, *The Triumph of the Dark*, cit., cap. 5 y apartado VI del cap. 17, reconduciendo el golpe de Estado y la guerra consiguiente a asunto interno sin intervención ni complicidad ni abstención internacionales determinantes, pese a reconocer que, a favor del franquismo, pesó fuertemente no sólo la masiva ayuda alemana e italiana, sino también la acción exterior del Comité de No Intervención, que ahora veremos.

⁽⁴⁰⁾ Helen GRAHAM, *The Spanish Republic at War 1936-1939*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002; Francisco J. ROMERO SALVADÓ, *The Spanish Civil War: Origins, Course and Outcomes*, Londres, Palgrave Macmillan, 2005.

Francisco Franco ⁽⁴¹⁾. Es un asunto el de la Guerra de España que, por no ser una mera guerra civil, va a llegar naturalmente a la Sociedad de Naciones, aunque esta misma intentaría eludirlo también desde un principio como vamos a ver ⁽⁴²⁾.

4.1. *Examen internacional de la República Española.*

El dato de la intervención exterior desde un inicio resulta neurálgico para el derecho internacional de entonces. Es el que podía determinar la competencia y la intervención de la Sociedad de Naciones. Por muchas masacres que se produjeran en la Guerra de España, las cuales realmente se sucedieron desde un primer momento ⁽⁴³⁾, si se producían en suelo español entre españoles, el derecho internacional no tenía nada que decir ⁽⁴⁴⁾. Sólo en el caso de guerra entre Estados se contemplaba alguna posibilidad de protección de población civil por instancias interestatales o que como tales

⁽⁴¹⁾ Ángel VIÑAS, *Franco, Hitler y el estallido de la Guerra Civil. Antecedentes y consecuencias*, Madrid, Alianza, 2001; Id., *La conspiración del general Franco y otras revelaciones acerca de una guerra civil desfigurada*, Barcelona, Crítica, 2011; *Los mitos del 18 de julio*, ed. F. Sánchez Pérez, Barcelona, Crítica, 2013; GONZÁLEZ CALLEJA, COBO ROMERO, MARTÍNEZ RUS, SÁNCHEZ PÉREZ, *La Segunda República Española*, cit., pp. 1155-1168 y 1179-1180. La cuestión se formula en *The International Context of the Spanish Civil War*, ed. Gaynor Johnson, Newcastle, Cambridge Scholars, 2009, introducción, p. X: «How could a conflict whose external participants were at least as important as the domestic combatants be described as a civil war?» (su respuesta, que tampoco es que sea original: fue «a European civil war»). Más aún corresponde formularse la cuestión y revisar el nombre cuando el golpe de Estado se decidió tras asegurarse el respaldo militar de la Italia fascista y el mismo golpe no hubiera además progresado sin su sustancial incremento junto al del aporte inmediato de la Alemania nazi.

⁽⁴²⁾ Carlos R. FERNÁNDEZ LIESA, *La Guerra Civil española y el orden jurídico internacional*, Pamplona, Thomson, 2014, ofrece el panorama más completo disponible, aunque desigual y con tratamiento leve del papel de la Sociedad de Naciones (pp. 95-100 especialmente), debiendo todavía complementarse con Norman J. PADEFORD, *International Law and Diplomacy in the Spanish Civil Strife*, Nueva York, Macmillan, 1939 (acceso libre online en <https://archive.org>).

⁽⁴³⁾ Paul PRESTON, *El holocausto español. Odio y exterminio en la Guerra Civil y después*, Barcelona, Debate, 2011 (*The Spanish Holocaust: Inquisition and Extermination in Twentieth-Century Spain*, Londres, Harper, 2012).

⁽⁴⁴⁾ B. CLAVERO, *Genocide or Ethnocide, 1933-2007: How to Make, Unmake, and Remake Law with Words*, Milán, Giuffrè, 2008, cap. 1.

actuasen ⁽⁴⁵⁾. Otras previsiones que pudieran mirar a dicho objetivo digamos que humanitario no constituían en rigor derecho alguno entre los Estados aunque fuesen argumentables desde posiciones internacionales, lo que no cabía en absoluto de tratarse de la propia población ⁽⁴⁶⁾. Si se producía agresión neta de un Estado contra otro, la competencia del derecho internacional y el imperativo de intervención de la Sociedad de Naciones estaban formulados en el Pacto. Si había por entonces un crimen internacional de Estado, era el de tal forma de agresión, al contrario que hoy con las políticas de intervención presuntamente humanitarias ⁽⁴⁷⁾. Que el derecho internacional que tengamos a la vista sea realmente el de época y no alguno figurado por idealizaciones de entonces o posteriores es algo desde luego tan esencial como que cuidemos también ser cuidadosamente precisos en la determinación de los acontecimientos históricos ⁽⁴⁸⁾.

Entre los artículos dedicados específicamente por el Pacto a la prevención de la guerra entre Estados, del décimo al decimosexto, el más comprometido era el último: « Si cualquier miembro de la Liga recurriera a la guerra (...) será ipso facto considerado como habiendo cometido un acto de guerra contra todos los demás miembros de la Liga, los que se comprometen por el presente a romper inmediatamente con él todas las relaciones comerciales y financieras, a prohibir toda comunicación entre sus nacionales y los nacionales

⁽⁴⁵⁾ Helen M. KINSELLA, *The Image before the Weapon: A Critical History of the Distinction between Combatant and Civilian*, Ithaca, Cornell University Press, 2011, cap. 5.

⁽⁴⁶⁾ John Fabian WITT, *Lincoln's Code: The Laws of War in American History*, Nueva York, Free Press, 2012, parte II, interesando también a Europa; Rothem GILADI, *The Enactment of Irony: Reflections on the Origins of the Martens Clause*, en « European Journal of International Law », 25 (2014), 3, pp. 847-869.

⁽⁴⁷⁾ HULL, *A Scrap of Paper*, cit., cap. 2; Samuel MOYN, *From Aggression to Atrocity: Rethinking the History of International Criminal Law*, a publicarse en *Oxford Handbook of International Criminal Law*, eds. Kevin Jon Heller, Jens David Ohlin, Sarah M.H. Nouwen, Frédéric Mégret y Darryl Robinson (anticipado online en *papers.ssrn.com*).

⁽⁴⁸⁾ Incurrir flagrantemente en ambas deficiencias Yolanda GAMARRA, *La ilusión española de la Sociedad de Naciones*, en *Los orígenes del derecho internacional contemporáneo. Estudios conmemorativos del Centenario de la Primera Guerra Mundial*, eds. Id. y C.R. Fernández Liesa, Zaragoza, Institución Fernando el Católico, 2015, pp. 289-312.

del Estado en ruptura de pacto y a hacer cesar todas las relaciones financieras comerciales o personales entre los nacionales del Estado en ruptura de pacto y los de todo otro Estado, miembro o no de la Liga (...)» (Pacto, art. 16).

A las alturas en que se produce la intervención militar italiana y alemana o, mejor dicho, fascista y nazi contra la República Española había un serio problema con este artículo, el decimosexto del Pacto, nada menos que el de su probada inoperancia. El 4 de julio de 1936 la Asamblea de la Sociedad de Naciones levanta las sanciones a Italia por la anexión bélica de Etiopía, que era miembro de la misma. La conquista, con bombardeo de población civil, empleo de gas letal y otros métodos terroristas, fue clave en la creación del Imperio Fascista, invistiendo al Rey de Italia en mayo de 1936 con el título de Emperador de Etiopía ⁽⁴⁹⁾. España, antes del Frente Popular, no se había singularizado en la oposición inicial de la organización internacional a la agresión italiana, pero finalmente, con el Frente Popular, estuvo entre los Estados que, ante el levantamiento de sanciones y oponiéndose al mismo, declararon en la misma Sociedad de Naciones que ya no se sentían obligados a atenerse a las previsiones del Pacto al respecto ⁽⁵⁰⁾. En cuestión de

⁽⁴⁹⁾ George W. BAER, *Test Case: Italy, Ethiopia, and the League of Nations*, Stanford, Hoover Institution Press, 1976; Antonella RANDAZZO, *L'Africa del Duce. I crimini fascisti in Africa*, Varese, Arterigere, 2008; STEINER, *The Triumph of the Dark*, cit., cap. 3; *Collision of Empires: Italy's Invasion of Ethiopia and its International Impact*, ed. G. Bruce Strang, Londres, Routledge, 2013; Ian CAMPBELL, *The Addis Ababa Massacre: Italy's National Shame*, Oxford, Oxford University Press, 2017. Respecto a las reticencias coloniales, particularmente imperiales británicas, manifestadas cuando Etiopía fue admitida en 1923, BECKER LORCA, *Mestizo International Law*, cit., pp. 274-280. Para visión desenfocada por la consideración de la abolición de la esclavitud como criterio de civilización bajo inspiración, que ya sabemos anacrónica, de derechos, Jean ALLAIN, *Slavery and the League of Nations: Ethiopia as a Civilised Nation*, en «Journal of the History of International Law», 8 (2006), 2, pp. 213-244.

⁽⁵⁰⁾ STEINER, *The Triumph of the Dark*, cit., pp. 131, 359 y 923, subrayando dicha declaración frente a la condonación de la anexión como el detonante de una evolución de los Estados menores hacia la neutralidad al margen de la Sociedad de Naciones a la que seguían perteneciendo. Por la subsiguiente agresión fascista y, sobre todo, por su compromiso constitucional con la Sociedad de Naciones, la República Española no tuvo evidentemente dicha opción. La iniciativa del levantamiento de sanciones fue, después de haberse opuesto a la anexión, de Gran Bretaña, con la

días se producía el golpe de Estado español con respaldo militar italiano.

Llovía además sobre mojado. La debilidad frente a agresiones bélicas venía ya aquejando a la Sociedad de Naciones. De pocos meses después del establecimiento de la República en España, del mismo año 1931, data la agresión de Japón contra China en Manchuria conduciendo a la creación del Estado enfeudado de Manchukuo en 1932. La Sociedad de Naciones no admitió la existencia de tal Estado e instó en vano a Japón a que evacuase tropas, pero fue incapaz o le faltó decisión para ejecutar sanciones. Ambos Estados, el japonés y el chino, eran miembros de la Sociedad de Naciones desde su fundación, el primero incluso miembro nato de su Consejo. Abandonó Japón la organización internacional en 1933, anticipándose unos meses a la defección de Alemania y recrudeciendo posteriormente la guerra en China hasta límites llanamente terroristas ⁽⁵¹⁾. En fin, con unos y otros acontecimientos, entre Manchuria y Etiopía, la Sociedad de Naciones no era la misma en 1931, cuando se elabora la Constitución en España, que en 1936, cuando se produce el golpe militar contra la República Española tras su declaración de que ya no confiaba en el régimen

connivencia de Francia, cuya oposición había sido bastante inferior, lo que conviene retener por lo que ahora veremos sobre el Comité de No Intervención ante la Guerra de España. El embargo sancionatorio ya había sido relativo (p. 112: « Cheeses and French *foie gras* appeared on the list, but iron, steel, coal, cotton and, critically, oil did not », aunque la mayoría de los Estados se inclinaba por la inclusión de los combustibles). Con el caso de Etiopía tiende a desahuciarse algo prematuramente a la Sociedad de Naciones; para otro ejemplo, Ian KERSHAW, *To Hell and Back: Europe 1914-1949*, Londres, Allen Lane, 2015, cap. 6.

⁽⁵¹⁾ Ian NISH, *Japan's Struggle with Internationalism: Japan, China and the League of Nations, 1931-1933*, Londres, Routledge, 1993; STEINER, *The Lights that Failed*, cit., cap. 13; BURKMAN, *Japan and the League of Nations*, cit., cap. 7; SHINOHARA, *US International Lawyers*, cit., pp. 92-122; desde 1937, en relación a la entonces capital de la República de China, Iris CHANG, *The Rape of Nanking: The Forgotten Holocaust of World War II*, ed. ampliada, Londres, Basic Books, 2012. Manchuria no había estado todavía completamente integrada en China: Prasenjit DUARA, *Sovereignty and Authenticity: Manchukuo and the East Asian Modern*, Lanham, Rowman and Littlefield, 2003, pp. 51-59.

internacional de sanciones y de que no se consideraba vinculada por el mismo ⁽⁵²⁾.

Un reto para España ante la Sociedad de Naciones era el de las pruebas, una vez que tanto Italia como Alemania, si no negaban, minimizaban su participación militar. La República tardó algunos meses en presentar evidencias irrefutables. Las formalizó centrándose en la intervención italiana porque Alemania ya había abandonado la Sociedad de Naciones, paso en el que le seguiría la misma Italia a finales de 1937. El 28 de mayo de este año *La Libertad* — *Diario republicano independiente, órgano de expresión del Frente Popular* publicaba estos encabezamientos en portada: « La distribución del Libro Blanco español en Ginebra constituyó ayer un acontecimiento que impresionó hondamente a todas las naciones, preparando el ambiente para la sesión de hoy, en que se oirá la voz de la República española, que lucha por su independencia »; « El Libro Blanco español demuestra palmariamente la guerra desencadenada, mantenida y alentada por el Gobierno italiano contra España ». El texto de la noticia no dejaba de especificar que la documentación aportada demostraba con creces la violación flagrante por parte de Italia del artículo 10 del Pacto: « Los miembros de la Liga se comprometen a respetar y a preservar contra toda agresión exterior la integridad territorial y la independencia política existente de todos los miembros de la Liga (...) » ⁽⁵³⁾.

⁽⁵²⁾ STEINER, *The Lights that Failed*, cit., parte II; Id., *The Triumph of the Dark*, cit., parte I; mirando más allá de las relaciones entre Estados, GORMAN, *The Emergence of International Society in the 1920s*, cit., caps. 6-7. Pero ya había precedentes durante los mismos años veinte de la debilidad de reacción de la Sociedad de Naciones ante agresiones que afectaban a Estados miembros incluso en Europa, como la anexión de Vilna por Polonia frente a Lituania (Vilnius, su actual capital) o la de Fiume por italianos frente a las expectativas del Reino que se llamaría pronto Yugoslavia (hoy Rijeka, en Croacia). Cabe también incluir la anexión turca de Esmirna (Izmir), que se había adjudicado a Grecia y, ya en los años treinta, antes de la Guerra de España, con mayor peso inmediato en la tendencia a inhibirse de la Sociedad de Naciones junto a su rendición respecto a Etiopía, la ocupación alemana de la Renania desmilitarizada.

⁽⁵³⁾ <http://hemerotecadigital.bne.es>, colección de la Biblioteca Nacional en la que se tiene este diario. En la noticia también se nos dice que el *Libro Blanco* se componía de 319 páginas con un centenar de documentos y fotografías. En *El Socialista* del mismo día 28-V-1937 es también la primera noticia, pero se presenta de forma bastante menos expresiva. Su edición se encuentra en el *Official Journal* de la Sociedad

La referida portada de *La Libertad* desplegaba este otro titular: « La opinión española no tiene fe en la Sociedad de Naciones ». Había razones sobradas, aparte los precedentes. España venía ya pugnando en la organización internacional pese a que la misma no se mostraba muy disponible. Gran Bretaña, arrastrando a Francia, había maniobrado para extraer el asunto de la Guerra de España de la competencia de la Sociedad de Naciones y así del derecho internacional. Consiguiendo el aval de la mayoría de los Estados europeos, inclusive, arteramente, de Italia y Alemania ⁽⁵⁴⁾, se había establecido en septiembre de 1936 un Comité de No Intervención imponiendo un embargo en el suministro de armamento, lo que atentaba contra el derecho de la República, excluida encima de dicho organismo, a recabar medios de legítima defensa ante una

de Naciones, Suplemento Especial, 165, *Appeal by the Spanish Government: White Book Published by the Spanish Government and Presented to the Council on 28 May 1937*. La Embajada española en Washington lo publicó el mismo año 1937: *Spanish White Book: The Italian Invasion of Spain. Official Documents and Papers Seized from Italian Units in Action at Guadalajara. Presented by the Spanish Government to the League of Nations*. Hubo edición también en Londres. Para el acta de la sesión en la que se presentó, *Report of the Work of the League of Nations 1936/37*, Parte I, Series of the League of Nations Publications, A.6, 1937, epígrafe I.VII.4, con la cuestión de España tras la de Etiopía. Del original español hubo edición oficial en Valencia, sede entonces del Gobierno: *La agresión italiana. Documentos ocupados a las unidades italianas en la acción de Guadalajara*, 1937. No pasó desapercibido dentro ni fuera de la organización internacional: WILCOX, *The League of Nations and the Spanish Civil War*, cit., p. 65; PADEFORD, *International Law and Diplomacy in the Spanish Civil Strife*, cit., p. 129; P.A.M. VAN DER ESCH, *Prelude to War: The International Repercussions of the Spanish Civil War, 1936-1959*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1951, pp. 106-109; William Laird KLEINE-AHLBRANDT, *The Policy of Simmering: A Study of British Policy during the Spanish Civil War, 1936-1939*, Dordrecht, Springer, 1962, pp. 72-74.

⁽⁵⁴⁾ El Vaticano no se suma no solo por ser Estado sin ejército, sino por apoyo al golpe militar, aunque más por parte de la iglesia española que de la romana: Hilari RAGUER, *La pólvora y el incienso. La Iglesia y la Guerra Civil española*, Barcelona, Península, 2001; FRANCISCO ESPINOSA, JOSÉ M^a GARCÍA MÁRQUEZ, *Por la religión y la patria. La Iglesia y el golpe militar de julio de 1936*, Barcelona, Crítica, 2014. El belicismo de la iglesia española, a la que todavía hay quien toma como factor moderador o desfascistizador del franquismo, guarda en todo caso bastante relación con la insensibilidad de la iglesia romana y del catolicismo en general ante el movimiento ecuménico cristiano de aquellas décadas: GORMAN, *The Emergence of International Society in the 1920s*, cit., cap. 7. Otro Estado sin ejército, Luxemburgo, participó, pero sólo como observador, en el Comité de No Intervención.

rebelión facciosa. La exclusión española hubiera sido impensable de actuarse en el seno de la Sociedad de Naciones. El Comité de No Intervención era europeo, integrándose por los embajadores en Londres de los gobiernos adheridos, pero Estados Unidos y la mayor parte de los Estados latinoamericanos se sumaron tanto a la política de no-intervención como, más desigualmente, al embargo ⁽⁵⁵⁾. Su-brayemos que todo esto contravenía el derecho de la Sociedad de Naciones. Además, la defensa militar de la República Española no atentaba en absoluto contra el Pacto Kellogg-Briand, el cual estaba en todo caso quedando en vía definitivamente muerta ⁽⁵⁶⁾.

⁽⁵⁵⁾ *El Pacte de la No Intervenció. La internacionalització de la Guerra Civil espanyola*, ed. Josep Sánchez Cervelló, Tarragona, Universitat Rovira i Virgili, 2009; Enrique MORADIELLOS, *La No Intervención: una farsa política y diplomática*, en *En el combate por la historia. La República, la Guerra Civil, el Franquismo*, ed. A. Viñas, Barcelona, Pasado y Presente, 2012, sección *La Guerra Civil*, cap. 3; I. DE LA RASILLA, *In the General Interest of Peace? British International Lawyers and the Spanish Civil War*, en «Journal of the History of International Law», 18 (2016), 2/3, pp. 197-238. Para una nutrida colección de documentos relativos a la política de no intervención, poco aprovechada luego, PADEFORD, *International Law and Diplomacy in the Spanish Civil Strife*, cit., apéndices. En Estados Unidos regía desde 1935 una ley temporal de neutralidad que se renueva en 1937 con aplicación específica a España. Sobre la evolución bastante relativa de su posición, Aurora BOSCH, *Miedo a la democracia. Estados Unidos ante la Segunda República y la guerra civil española*, Barcelona, Crítica, 2012, caps. 5-7. Por lo que toca a Gran Bretaña, en memorándums militares de 1937 sobre objetivos estratégicos de defensa exterior, España, salvo por Gibraltar, brilla por su ausencia: STEINER, *The Triumph of the Dark*, cit., p. 400. No se quería asistir a la República y no se podían reflejar las maniobras de acercamiento al bando faccioso. La última autora entiende que la política de no intervención fue un acierto rotundo atribuyéndole el mérito de evitar una guerra europea. Si no atiende bibliografía española, ya se tenían evidencias para dudar o, al menos, matizar desde Denis SMYTH, *Diplomacy and the Strategy of Survival: British Policy and Franco's Spain, 1940-1941*, Cambridge, Cambridge University Press, 1986, cap. 1.

⁽⁵⁶⁾ En 1934 había debido levantarse acta en la Sociedad de Naciones del fracaso irreversible de las negociaciones para un tratado de reducción y control de armamento (Pacto, art. 8: «Los miembros de la Liga reconocen que el mantenimiento de la paz requiere la reducción de los armamentos nacionales al punto mínimo que fuese compatible con la seguridad nacional y con el cumplimiento, mediante acción común, de las obligaciones internacionales...»). Cuando, en 1935, Etiopía se dirige a Estados Unidos solicitando su posicionamiento frente a la amenaza militar de Italia, el segundo invoca el Pacto Kellogg-Briand mientras que al tiempo se inhibe y pone en práctica una política de neutralidad que, como en el caso ulterior de la Guerra de España, benefició

El mismo mes de setiembre de 1936 la Sociedad de Naciones se declaró incompetente en relación a la Guerra de España remitiendo el asunto al Comité de No Intervención como si fuese una comisión o agencia suya, lo que no era en absoluto el caso. Sería la pauta. España hubo de resignarse a tal reparto de papeles favorable a la rebelión militar, dada la continuidad e incluso el incremento de la participación italiana y alemana, pero no cejó en sus reclamaciones ante la Sociedad de Naciones, aun con altibajos debidos no sólo a cambios de gobiernos del Frente Popular, sino también al desencadenamiento de intrigas españolas y no españolas en pasillos y aledaños de la organización internacional, no faltando la labor de zapa de agentes franquistas ⁽⁵⁷⁾.

España formaliza su caso ante la Sociedad de Naciones desde dicho setiembre de 1936, abundando con más energía, tras haberse cargado de razón con el *Libro Blanco*, al cabo del año. El Comité de No Intervención había venido presionando para que no lo hiciera consiguiendo que se mostrara comedida, no reclamando formalmente sanciones, en sus invocaciones de los artículos 10 y 16 del Pacto. El caso se presenta por el Presidente de la República en la Asamblea y por el Ministro de Estado o de asuntos exteriores ante el Consejo. Ambos recurren a un argumento sensible de mérito, el de la recepción de « los principios generales de la Sociedad de Naciones » por la Constitución española o de « la incorporación de

al agresor, la Italia fascista: STEINER, *The Triumph of the Dark*, cit., pp. 35-36 y 110. El mismo Pacto se reducía así a un recurso retórico. Frente a este inhibicionismo, en el momento de la Guerra de España, puede resultar relevante que dos declaraciones, tan sólo dos, de adhesión a la política de no-intervención, las de Yugoslavia y Turquía, dejen a salvo, con el fin de que no se sentase precedente, el derecho de asistencia militar a Estados que afrontaren rebeliones armadas: PADEFORD, *International Law and Diplomacy in the Spanish Civil Strife*, cit., p. 59. Si se daba en general por supuesto, era igualmente más ante las de signo comunista que a las fascistas.

⁽⁵⁷⁾ David JORGE, *Inseguridad colectiva. La Sociedad de Naciones, la Guerra de España y el fin de la paz mundial*, Valencia, Tirant Humanidades, 2016, para las referencias que seguirán a relaciones entre España y la organización internacional. Registra, entre cierta confusión (pp. 322-336), dos *Libros Blancos* con las pruebas de la invasión italiana, uno de setiembre de 1936 y otro de mayo de 1937, al que me he referido, entendiendo en todo caso que éste es el relevante. Extrañamente afirma que el *Libro Blanco* de 1937 lo elaboró la Embajada española en Washington. De un primer *Libro Blanco* no he hallado trazas.

la carta fundamental de la Sociedad de Naciones » a la misma, manifestando la determinación de mantener tal compromiso constitucional a toda costa, en la guerra como en la paz. Esto podía además ya estar contrastando con la evidencia de que el bando faccioso no tenía intención de mantener al Estado español en la Sociedad de Naciones de vencer en la guerra. El Ministro de asuntos exteriores la presentó como « guerra internacional », guerra de agresión del « fascismo internacional », con el peligro que esto adicionalmente implicaba para la seguridad colectiva en Europa. En estas condiciones, reflexionó, « es cada vez más difícil establecer una línea fronteriza bien definida entre lo que pertenece a la vida interior de cada nación y lo que puede interesar a la vida internacional » (58).

Frente a los intentos interesados de parte no sólo franquista, sino también de miembros señalados de la Sociedad de Naciones, por caracterizar la guerra en España como una guerra civil, su calificación como guerra internacional fue un empeño constante del gobierno español. Por su parte el Consejo se limitaba a adoptar recomendaciones y a emitir instrucciones de carácter meramente humanitario, lo que se convertiría en verdadera cláusula de estilo. El mismo año 1937 se produjo ante la Sociedad de Naciones la reclamación de China frente a la nueva invasión de Japón con análoga restricción de no alegar formalmente la aplicación del artículo 16 del Pacto, el de sanciones por agresión, y similar resultado. Operó un mecanismo parecido, sólo parecido pues se comprometió más, al del Comité de No Intervención para el caso de España. En tiempo inmediato, entre marzo de 1938 y mismo mes de 1939, desaparecen dos Estados miembros de la Sociedad de Naciones por acción de Alemania; Austria, anexionada; Checoslovaquia, troceada en cuatro, una parte, los Sudetes, que ya había sido también incorporada, otra, Bohemia y Moravia, convertida en un

(58) JORGE, *Inseguridad colectiva*, cit., pp. 270-287, para la convocatoria, que fue extraordinaria, del Consejo y la intervención del Ministro de Estado; pp. 429-434, para el discurso del Presidente del Gobierno; pp. 461-469, 622-627, 636 y 712-713, para la nada oculta agenda franquista y su confirmación. El mejor trazado de la acción diplomática de la República Española en guerra no se ocupa de las relaciones con la Sociedad de Naciones: *Al servicio de la República. Diplomáticos y guerra civil*, ed. A. Viñas, Madrid, Marcial Pons, 2010.

Protectorado prácticamente colonial, una tercera, Eslovaquia, con independencia tolerada como Estado enfeudado, y la cuarta, Rutenia, anexionada a Hungría. A esto se suma, en el mismo marzo de 1939, la ocupación por Italia de otro Estado miembro, Albania. Y todo ello ocurre sin que haya reacción formal de la organización internacional, aunque algún Estado miembro instase comenzando por la propia Checoslovaquia. Durante la Guerra de España, los órganos más políticos de la Sociedad de Naciones definitiva y sistemáticamente prevaricaban. Renunciaba ésta al ejercicio de su propia autoridad rehuendo el derecho del Pacto que le fundaba, legitimaba y habilitaba. En 1937, unos tratados contra el terrorismo internacional habían significativamente naufragado ⁽⁵⁹⁾.

Permítaseme un inciso. Vengo hablando de Gobierno en singular para el único español legítimo o de derecho, el de la República Española. Provocada la guerra, la historiografía suele referirse a dos gobiernos enfrentados, el Gobierno de Valencia, la ciudad a la que se habían trasladado, antes de otras peregrinaciones, las instituciones centrales republicanas, y el Gobierno de Burgos o de Salamanca, allí donde se organizaron las instituciones facciosas bajo régimen paladino de dictadura militar, conformando una especie de gobierno, « Gobierno Nacional » en sus propios términos, que no lo era de derecho por mucho que algunos pocos Estados, como Italia y Alemania precisamente, lo reconocieran desde temprano y que otros, como en particular Gran Bretaña, establecieran, bastante pronto también, relaciones de hecho prácticamente diplomáticas ⁽⁶⁰⁾. Sin embargo, para el derecho internacional en general

⁽⁵⁹⁾ Geoffrey MARSTON, *Early Attempts to Suppress Terrorism: The Terrorism and International Criminal Court Conventions of 1937*, en « British Yearbook of International Law », 73 (2003), 1, pp. 293-313; M. MAZOWER, *Hitler's Empire: Nazi Rule in Occupied Europe*, Londres, Allen Lane, 2008, cap. 3; STEINER, *The Triumph of the Dark*, cit., pp. 520-521 y cap. 10. En el caso de China el mecanismo para eludir el derecho sentado por el Pacto era el de un Comité Asesor como instancia de la propia Sociedad de Naciones, creado en 1933 ante el establecimiento del Estado de Manchukuo. Era la fórmula más usual.

⁽⁶⁰⁾ Ismael SAZ CAMPOS, *Mussolini contra la II República. Hostilidad, conspiraciones, intervención, 1931-1936*, Valencia, Alfons el Magnànim, 1986; E. MORADIELLOS, *La perfidia de Albión. El gobierno británico y la guerra civil española*, Madrid, Siglo XXI, 1996; Morten HEIBERG, Manuel ROS AGUDO, *La trama oculta de la guerra civil. Los*

y para la misma Sociedad de Naciones en particular no había en España dos gobiernos, sino uno solo, el de la República. Entre derecho y desafuero mediaban todavía diferencias sustanciales ⁽⁶¹⁾. Si nuestra perspectiva es la jurídica, no vamos a adoptar expresiones del desafuero, de un lenguaje que, por comprensible que parezca para aquellas circunstancias, induce a confusión en extremos neurálgicos. El derecho se manifiesta por palabras y por gestos.

4.2. *Deriva del caso español entre Sociedad de Naciones y Naciones Unidas.*

El ejército y las milicias de la facción franquista no se atenían al derecho internacional y, aún menos, a algún canon humanitario. De consumir la destrucción de la República, tampoco abrigaba el franquismo propósito alguno de venir a hacerlo, aunque no faltasen entre sus huestes iusinternacionalistas que se figuraban su sedicente derecho tanto internacional como nacional buscando ante todo la potenciación del Estado sin cortapisas ni externas de derecho ni internas de derechos. Con todo lujo de lenguaje, era lo propio de su imaginario y de sus propósitos ⁽⁶²⁾. Su proyecto de derecho era la

servicios secretos de Franco, 1936-1945, Barcelona, Crítica, 2006, cap. 3; A. VIÑAS, *La República en guerra. Contra Franco, Hitler, Mussolini y la hostilidad británica*, Barcelona, Crítica, 2012; FERNÁNDEZ LIESA, *La Guerra Civil española y el orden jurídico internacional*, cit., pp. 38-45 y 83-89, aun con referencia a un derecho entonces más bien problemático.

⁽⁶¹⁾ Ante casos judiciales de terceros afectados, se tenía difícil en Gran Bretaña la explicación de la compatibilidad de las relaciones con un gobierno español reconocido *de jure* y con otro al que se pretendía tratar tan sólo como *de facto*: Ti-Chiang CHEN, *The International Law of Recognition. With Special Reference to Practice in Great Britain and the United States*, Nueva York, Frederick A. Praeger, 1951, referencias al caso *Avantzazu Mendí* en la *Table of Cases*; y p. 277: « The judgments of the courts in treating them (*de facto* authorities) as recognitions *de facto* of State governments have obviously been due to the lack of precision in the terminology. The result of this confusion in terminology is serious. It blurs the line between the legal status of a State government and a local *de facto* authority ».

⁽⁶²⁾ Con visiones que se complementan a este efecto, I. DE LA RASILLA, *The Fascist Mimesis of Spanish International Law and its Vitorian Aftermath, 1939-1953*, en « Journal of the History of International Law », 14 (2012), 2, pp. 207-236; Ferran GALLEGÓ, *El evangelio fascista. La formación de la cultura política del franquismo*, Barcelona, Crítica, 2014; *Los juristas y el 'régimen'*. *Revistas jurídicas bajo el franquismo*, eds. F. Fernández Crehuet y S. Martín, Granada, Comares, 2014.

negación del derecho. Estaba bien a la vista aunque cuantos fomentaban la política de no-intervención prefirieran no mirarlo. El síntoma más patente del desprecio de la facción franquista por todo derecho fue el de los bombardeos reiterados sobre población civil con participación además italiana y alemana, lo que lo convertía ya sin duda en un asunto de orden internacional que concernía a la Sociedad de Naciones.

Así lo entendía justamente España llegando a instar a la organización internacional a que recuperase la competencia abandonada en manos del Comité de No Intervención. Los bombardeos sobre población civil era asunto internacional, no por sí mismos, sino por la participación italiana y alemana. Si la República hubiera procedido a tales acciones sobre territorio franquista, aparte de que no lo hiciera, el derecho internacional de la época no hubiera tenido en rigor nada que decir. El caso referido de los bombardeos sobre colonias lo ponía claramente de manifiesto. Por la misma razón de poder tomarse por asunto interno, podía considerarse que, al menos, en principio no contravenía el derecho internacional la intervención de tropas coloniales marroquíes del bando franquista. Era un supuesto muy particular pues sí violaban los términos del tratado colonial de 1912 sobre la repartición del Protectorado de Marruecos entre Francia y España. Además, la doctrina internacionalista, con su fondo racista, se mostraba, como poco, desfavorable al empleo de tropas coloniales en suelo europeo ⁽⁶³⁾.

La intervención militar italiana y alemana a favor del bando

(63) Mustapha EL MERROUN, *Las tropas marroquíes en la guerra civil española, 1936-1939*, Madrid, Almena, 2003; Adnan MECHBAL, *Los Moros de la Guerra civil española: entre memoria e historia*, en « Amnis. Revue de Civilisation Contemporaine Europes/Amériques » (online en amnis.revues.org), 2 (2011), art. 4, con contexto, reflexión y el extremo de la contravención del tratado colonial. A. Mechbal es autor de un trabajo sobre *La Seconde République espagnole et la question marocaine* que, a lo que llegan mis noticia, permanece inédito al menos en lengua europea. Y yo no leo árabe. Con perspectiva desde el terrorismo de la conquista española del Rif amazigh, BALFOUR, *Deadly Embrace*, cit., cap. 10. Para la posición de la doctrina internacionalista sobre tropas coloniales, R. GILADI, *The Phoenix of Colonial War: Race, the Laws of War, and the 'Horror on the Rhine'*, en « Leiden Journal of International Law », 30 (2017), 4, pp. 847-875. La prohibición del lanzamiento de proyectiles desde dirigibles estaba planteada desde el cambio de siglo, pero había quedado desbordada por la industria de la aviación: Scott Andrew KEEFER, *Building the Palace of Peace: The Hague Conference of 1899 and*

franquista era jurídicamente distinta a la participación extranjera en la defensa de la República. Las llamadas Brigadas Internacionales se formaron de voluntarios procedentes de una cincuentena de países sin mediación directa de Estados. También los había en el bando franquista aunque a veces, como en el caso de la participación portuguesa, con impulso y financiación del respectivo Estado, lo cual también pudo ocurrir con respecto a parte de las Brigadas Internacionales ⁽⁶⁴⁾. La ayuda formal a la República por parte de la Unión Soviética, que también había aceptado en principio la política de no intervención, era a su vez un supuesto diverso. Se trataba de ejercicio legítimo del derecho a la defensa de un Estado miembro de la Sociedad de Naciones como siguiera siéndolo España durante toda la guerra. Pueden debatirse motivaciones y métodos de la intervención soviética, pero no el fundamento jurídico de su respaldo militar a la República Española ⁽⁶⁵⁾.

La no-intervención era política o, si prefiere decirse, diploma-

Arms Control in the Progressive Era, en « Journal of the History of International Law », 8 (2006), 1, pp. 1-17.

⁽⁶⁴⁾ Judith KEENE, *Fighting for Franco: International Volunteers in Nationalist Spain during the Spanish Civil War*, Londres, Hambledon Continuum, 2001; *Las Brigadas Internacionales*, sección monográfica de « Ayer. Revista de Historia Contemporánea », 56 (2004); *Las Brigadas Internacionales: nuevas perspectivas en la historia de la Guerra Civil y del exilio*, eds. J. Sánchez Cervelló y Sebastián Agudo, Tarragona, Universitat Rovira i Virgili, 2015, aun desigual en lo de la novedad; Lisa A. KIRSCHENBAUM, *International Communism and the Spanish Civil War: Solidarity and Suspicion*, Nueva York, Cambridge University Press, 2015, caps. 3-5; Gerben ZAAGSMA, *Jewish Volunteers, the International Brigades and the Spanish Civil War*, Londres, Bloomsbury, 2017.

⁽⁶⁵⁾ Stanimir A. ALEXANDROV, *Self-Defense Against the Use of Force in International Law*, La Haya, Kluwer, 1996, cap. 2, sobre la Sociedad de Naciones, y 3, sobre el Pacto Kellogg-Briand. Unas cifras vienen siendo muy controvertidas: E. MORADIELLOS, *La intervención extranjera en la guerra civil: un ejercicio de crítica historiográfica*, en *La guerra Civil*, sección monográfica de « Ayer. Revista de Historia Contemporánea », 50 (2003), pp. 199-232. Unos cálculos apuntan a la presencia, en el bando faccioso, de unos 80.000 italianos, 70.000 marroquíes, 20.000 alemanes y 10.000 portugueses; de parte republicana, 35.000 brigadistas de múltiple origen y 2.000 asesores en su gran mayoría soviéticos. Son números que no lo dicen todo pues, por el aparejamiento de material militar y asistencia tanto técnica como crediticia, resultan cualitativamente superiores los aportes nazi y, en menor medida, soviético. Para el debate acerca de esta última intervención tras la apertura de archivos a finales de 1991, H. GRAHAM, *Spain Betrayed? The New Historical McCarthyism*, en « Science and Society », 69 (2004), 3, pp. 364-369.

cia, no en todo caso derecho. Ni siquiera se había establecido formalmente por un tratado multilateral, lo que constituía era en sustancia un medio de eludir el derecho ⁽⁶⁶⁾. Francia misma estuvo en momentos oscilando entre la no-intervención y la ayuda a la República suspendiendo el embargo de armamento. Lo primero constituyó fundamentalmente una política de Gran Bretaña a la contra de los principios constitutivos de la Sociedad de Naciones por sus implicaciones respecto a la defensa de un Estado agredido. Y el caso final es que la República, sin la obligación internacional de hacerlo, evacuó a las Brigadas Internacionales, mientras que Italia y Alemana, obligadas en cambio internacionalmente, nunca se retiraron durante el transcurso de la guerra. O sólo les retiró en definitivas cuentas la derrota en la Guerra Mundial ⁽⁶⁷⁾. En fin, tanto la Sociedad de Naciones como el Comité de No Intervención fueron impotentes frente a aquel crimen de agresión contra la República Española o, realmente, se empeñaron en serlo.

Más grave en comparación era el caso de la Sociedad de Naciones, pues la constituía el derecho y se debía al derecho. Está

⁽⁶⁶⁾ No dejando de advertirlo, N.J. PADEFORD, *International Law and the Spanish Civil War*, en « American Journal of International Law », 31 (1937), 2, pp. 226-243; ID., *The International Non-Intervention Agreement and the Spanish Civil War*, en « American Journal of International Law », 31 (1937), 4, pp. 578-603; ID., *International Law and Diplomacy in the Spanish Civil Strife*, cit., cap. 4, aun con complacencia final hacia la Sociedad de Naciones. Para ejemplo de posturas más acomodaticias respecto al Comité de No Intervención, Charles ROUSSEAU, *La non-intervention en Espagne*, en « Revue de Droit International et Législation Comparée », 18 (1938), pp. 217-280, 473-549 y 700-775, y 19 (1939), pp. 114-149. Al cabo del tiempo, apoyándose en Rousseau y dando un paso más, Antonio CASSESE, *The Human Dimension of International Law. Selected Papers*, Oxford, Oxford University Press, 2008, cap. 6: *The Spanish Civil War and the Development of Customary Law Concerning Internal Armed Conflicts* (1975), sentó la inconsistente conclusión de la legalidad internacional de aquella política de no-intervención como precedente, además, de buena práctica; le sigue FERNÁNDEZ LIESA, *La Guerra Civil española y el orden jurídico internacional*, cit., p. 45. La leyenda encubridora de responsabilidades de que la Guerra de España contribuyó al progreso de un derecho internacional humanitario llega a penetrar hasta en el mundo de la justicia: Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Prosecutor v. Dusko Tadic, *Decision of the Defense Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, 2-X-1995, par. 100.

⁽⁶⁷⁾ M. ROS AGUDO, *La guerra secreta de Franco, 1939-1945*, Barcelona, Crítica, 2002; Christian LEITZ, *Nazi Germany and Francoist Spain*, Londres, Routledge, 2007; David Wingeate PIKE, *Franco and the Axis Stigma*, Londres, Palgrave Macmillan, 2008.

dicho que tiende, por una parte, a rebotar los asuntos jurídicos hacia donde no se toman por sistema en consideración, esto es al Comité de No Intervención, y, por otra parte, a reducir su campo de reacción ante las reclamaciones españolas al terreno humanitario al margen igualmente del derecho. Era el derecho internacional el que estaba con todo quedando fuera de juego. Durante los que serían los meses finales de la guerra, entre los últimos del 38 y los primeros del 39, la misma República se resigna a que la Sociedad de Naciones de lo que se ocupase fuera de las cuestiones ya humanitarias, ya reducidas a tales: la prevención de bombardeos sobre población civil; el auxilio a los refugiados, cerca de un par de millones, en territorio republicano huyendo del avance franquista; la asistencia en la retirada de los voluntarios de las Brigadas Internacionales, y la organización de otra evacuación menor, la de los asilados, una decena de miles, que abarrotaban sedes y anexos diplomáticos y cuyo refugio la República respetaba aunque no hubiera al respecto obligación de derecho internacional, sino tan sólo bilateral con el Estado correspondiente por reputarse territorio suyo el solar de la legación. Dada la bilateralidad, si Chile, por ejemplo, maniobraba en la Sociedad de Naciones a favor del bando faccioso, como lo hacía, la República podía suspender relaciones y no respetar el asilo de una quinta columna en su sede diplomática. En cambio lo respetaba ⁽⁶⁸⁾.

El desempeño de la organización internacional fue muy desigual, más eficaz en el caso de la retirada de voluntarios y menos

⁽⁶⁸⁾ Jordan BRANCH, *The Cartographic State: Maps, Territory, and the Origins of Sovereignty*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, p. 31, ubicando históricamente la extraterritorialidad de embajadas de Estados. A la luz de los derechos humanos, hoy puede ser otra cosa: Maarten DEN HEIJER, *Europe and Extraterritorial Asylum*, Oxford, Hart, 2012, cap. 4. MAZOWER, *Governing the World*, cit., p. 159, respecto al caso de la Guerra de España ante la Sociedad de Naciones sólo se refiere al problema final de los refugiados, lo que es un testimonio de lo poco que hoy se aprecia por la historiografía el derecho del Pacto contra la agresión porque acabara fracasando y porque hoy se encuentre debilitado. Por su parte, en el bando franquista no hubo ningún respeto de asilo, ni siquiera del eclesiástico de tradición cristiana, con las mismas iglesias por lo general convertidas en centros de militancia facciosa: ESPINOSA, GARCÍA MARQUEZ, *Por la religión y la patria*, cit. Sobre el caso chileno, JORGE, *Inseguridad colectiva*, cit., que desafortunadamente, por su riqueza de datos, carece de índice de materias.

o nada en cuanto al resto, particularmente respecto a los refugiados (69). Se hizo mejor cargo de cosas que de personas. El Gobierno de la República confió obras evacuadas del Museo del Prado a la Sociedad de Naciones y ésta organizó una exposición en Ginebra, en 1939, antes de retornarlas a Madrid. Con todas sus excusas humanitarias para no atenerse a sus obligaciones jurídicas con respecto a la República Española o a otros Estados que, como China y Etiopía, fueron víctimas de agresiones exteriores, la Sociedad de Naciones se desentendió por completo de la doble tragedia final de la Guerra de España, la del éxodo inerme de personal excombatiente y de población civil y la de quienes, más indefensos todavía, se vieron atrapados sin posibilidad de huida. Se encontraron ante el avance victorioso de un bando franquista manifiestamente dispuesto a seguir masacrando, ahora en parte por métodos pretendidamente judiciales tan expeditos que anulaban

(69) Michael R. MARRUS, *The Unwanted: European Refugees from the First World War Through the Cold War* (1985), Filadelfia, Temple University Press, 2002, caps. 2 y 3. La Sociedad de Naciones había establecido en 1933, hacia finales, un Alto Comisionado para los Refugiados procedentes de Alemania, pero no lo dotó económicamente y acabó abocándolo a la inoperancia en un par de años: Greg BURGESS, *The League of Nations and the Refugees from Germany: James G. McDonald and Hitler's Victims*, Londres, Bloomsbury, 2016, aun en exceso complaciente con el comisionado. Anteriormente la organización internacional había afrontado con alguna, relativa, mayor eficacia al movimiento de refugiados por la Gran Guerra y la Revolución Rusa (Claudena M. SKRAN, *Refugees in Inter-War Europe: The Emergence of a Regime*, Oxford, Clarendon, 1995, aun con la distorsión de la perspectiva teleológica), aparte de que la Sociedad de Naciones misma los produjera con su respaldo a políticas de limpieza étnica para la creación de Estados nacionales por Europa central y oriental (Philipp THER, *Die dunkle Seite der Nationalstaaten. 'Ethische Säuberungen' im modernen Europa*, Gotinga, Vandenhoeck und Ruprecht, 2011, cap. 3, aun desatendiendo los conflictos sobre el terreno). Cuando con posterioridad, en 1943, sin contarse con una Sociedad de Naciones ya prácticamente extinta, se establece una Administración de Socorro y Rehabilitación de las Naciones Unidas, en el sentido de los Estados aliados contra el Eje, los españoles se cualificarían no como víctimas del franquismo, sino del nazismo, logrando finalmente alguna protección internacional: Ludivina GARCÍA ARIAS, *Informe sobre la Nacionalidad*, online en *Equipo Nizcor*, 2004; interesando igualmente a tal exilio español, Santiago J. CASTELLÀ, *Pablo de Azcárate: una contribución decisiva al estatuto jurídico internacional del refugiado político*, en *Exilios en el mundo contemporáneo: vida y destino*, eds. J. Sánchez Cervelló y Alberto Reig Tapia, Tarragona, Universitat Rovira i Virgili, 2016, pp. 115-135, aun sobrando lo de decisiva.

toda garantía y admitían toda arbitrariedad ⁽⁷⁰⁾. A estas alturas, la Sociedad de Naciones miraba definitivamente hacia otro lado guardándose sus sentimientos humanitarios. En el orden internacional el humanitarismo es una forma acendrada de huida del derecho, de su ninguneo práctico ⁽⁷¹⁾.

Naciones Unidas, con Declaración Universal de Derechos Humanos y Convención para la Prevención y Sanción de Delito de Genocidio, ambos instrumentos de 1948, tampoco es que se hiciera luego propiamente cargo. La organización internacional siguió operando sobre el supuesto de que el tratamiento de la población por el correspondiente Estado era un asunto interno. Si durante una década, hasta 1955, Naciones Unidas cerró sus puertas y aplicó sanciones al Estado español no fue por constatar que estuviera cometiendo crímenes de lesa humanidad o consumando un genocidio ⁽⁷²⁾, sino por la razón, justísima por lo demás, de que su régimen se había impuesto en conjunción con las potencias vencidas en la Guerra Mundial. Tras 1955, advino la admisión exterior de la

⁽⁷⁰⁾ JORGE, *Inseguridad colectiva*, cit., pp. 691-707 y 723; Peter ANDERSON, *The Francoist Military Trials: Terror and Complicity, 1939-1945*, Londres, Routledge, 2010; Guzmara GÓMEZ BRAVO, *Venganza tras la Victoria: la política represiva del franquismo, 1939-1948*, en *En el combate por la historia*, cit., sección *El Franquismo*, cap. 5; *Mass Killing and Violence in Spain, 1936-1952: Grappling with the Past*, eds. P. Anderson y Miguel Ángel del Arco, Londres, Routledge, 2015; Ignacio TEBAR, *Derecho penal del enemigo en el primer franquismo*, Alicante, Universitat d'Alacant, 2017.

⁽⁷¹⁾ David KENNEDY, *The Dark Sides of Virtue: Reassessing International Humanitarianism*, Princeton, Princeton University Press, 2004; Costas DOUZINAS, *Human Rights and Empire: The Political Philosophy of Cosmopolitanism*, Nueva York, Routledge-Cavendish, 2007; B. CLAVERO, *Seguridades personal y social como derechos humanos*, en «Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad», 12 (2017), pp. 10-25; GILADI, *The Phoenix of Colonial War*, cit.

⁽⁷²⁾ Aparte de que incluya, con buen criterio, las masacres ocasionales y asesinatos recurrentes de zona republicana sin responsabilidad directa del Gobierno, así lo presenta PRESTON, *El holocausto español*, cit., mediante el título que apunta justamente a equivalencia cualitativa con el caso del nazismo, aun eludiendo también de este modo la problemática calificación jurídica de genocidio. La Convención de Naciones Unidas excluyó deliberadamente los supuestos de motivación política, social o económica: CLAVERO, *Genocide or Ethnocide*, cit., cap. 3; Kevin Lewis O'NEILL, *Anthropology and Genocide*, en *The Oxford Handbook of Genocide Studies*, eds. Donald Bloxham y A.D. Moses, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 182-197 (193-194).

narrativa facciosa de una guerra civil (73), comenzando por el olvido prácticamente completo de las alegaciones de la República ante la Sociedad de Naciones sobre la agresión internacional. Con toda la literatura existente acerca de las relaciones entre España y Naciones Unidas, no conozco un buen análisis jurídico de aquella coyuntura en la que la Dictadura franquista se vio en cuarentena no por ser dictadura, sino por la asistencia de otras dictaduras en lo que fueron, cuando menos, prolegómenos de la Guerra Mundial (74). La República Española expuso este exacto augurio tempranamente ante la Sociedad de Naciones como hemos visto.

En 1939, durante las postrimerías de la República Española, el Consejo de la Sociedad de Naciones había finalmente reconocido lo que se debía haber constatado desde las primeras operaciones aéreas en el verano del 36, con participación italiana, contribuyendo a la siembra de terror en pueblos de Andalucía y Extremadura (75). Lo que se reconoce finalmente por la Sociedad de Naciones es que con ello se trata de un « recurso a métodos contrarios a la conciencia humana y a los principios del derecho de gentes », el derecho internacional por nombre menos interestatal (76). Algo se había avanzado, aunque fuera por completo en vano: así, con ese reconocimiento, el mismo bombardeo sobre población civil se estaba declarando por sí, sin que hubiera de concurrir intervención exterior, contrario al derecho internacional por serlo « a la conciencia

(73) Había más, bastante más, de más difícil digestión: Herbert R. SOUTHWORTH, *El mito de la cruzada de Franco* (1963), ed. P. Preston, Barcelona, DeBolsillo, 2008; ID., *Conspiracy and the Spanish Civil War — The brain washing of Francisco Franco*, Londres, Routledge, 2002.

(74) Irene SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *España y la ONU, 1945-1955. Notas para un proyecto de investigación*, online en *academia.edu*, 2014, anuncio de una tesis doctoral, útil de momento como introducción bibliográfica. No acude, como es la tónica, a las cuestiones jurídicas, como si la postura inicial de Naciones Unidas sobre España hubiera sido meramente política.

(75) F. ESPINOSA, *La justicia de Queipo. Violencia selectiva y terror fascista en la II División en 1936: Sevilla, Huelva, Cádiz, Córdoba, Málaga y Badajoz*, Barcelona, Crítica, 2015; ID., *La columna de la muerte. El avance del ejército franquista de Sevilla a Badajoz*, Barcelona, Crítica, 2017; P. PRESTON, *España en la guerra civil europea. Contribuciones de un hispanista*, Valencia, Universitat de València, 2017, cap. 6: « La forja de un asesino: el general Queipo de Llano ».

(76) JORGE, *Inseguridad colectiva*, cit., pp. 604-613.

humana ». No hubo que esperar a los lanzamientos de bombas atómicas sobre ciudades abiertas para comprobarse que los presuntos progresos del derecho internacional se producían sobre el vacío⁽⁷⁷⁾. Y ni siquiera se pensaba que dicho principio de primado de « la conciencia humana » fuera aplicable sin más a latitudes coloniales. Para tenerse una prueba, tampoco habría de esperarse a las políticas terroristas de Gran Bretaña o de Francia por latitudes coloniales entre los últimos años cuarenta y la década de los cincuenta, tras la fundación de Naciones Unidas⁽⁷⁸⁾. Y no hablemos de aguardar, para prueba ninguna, al genocidio nazi porque el nazismo, igual que el fascismo y que el franquismo, no se atenía abiertamente a unos principios de derecho internacional en la medida en que todavía los representaba la Sociedad de Naciones⁽⁷⁹⁾.

(77) Richard H. MINEAR, *Atomic Holocaust, Nazi Holocaust: Some Reflections*, en « Diplomatic History », 19 (1995), 2, *Hiroshima in History and Memory*, pp. 347-365; *Bombing Civilians: A Twentieth-Century History*, eds. Yuqui Tanaka y Marilyn B. Young, Nueva York, New Press, 2009, con sólo una ligera alusión a la Guerra de España; Dietmar SÜß, *Tod aus der Luft. Kriegsgesellschaft und Luftkrieg in Deutschland und England*, Munich, Siedler, 2011, con pocas páginas al propósito, en concreto sobre « Lernen aus Guernica ». Al bombardeo nazi de la ciudad vasca de Gernika, con alusión al cuadro de Picasso, suele reducirse el caso de las masacres franquistas de población civil: Martin SHAW, *War and Genocide: Organized Killing in Modern Times*, Cambridge, Polity, 2003, p. 126.

(78) C. ELKINS, *Imperial Reckoning: The Untold Story of Britain's Gulag in Kenya*, Nueva York, Henry Holt, 2005; Ian COBAIN, *The History Thieves: Secrets, Lies and the Shaping of a Modern Nation*, Londres, Portobello, 2012, cap. 4; Martin EVANS, *Algeria: France's Undeclared War*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

(79) No hay, a lo que alcanzo, acerca de la Segunda Guerra Mundial algo como, sobre la Gran Guerra, HULL, *A Scrap of Paper*, cit., junto a, para la neutralidad cómplice, COATES, *Legalist Empire*, cit., cap. 6, algún estudio que analizare respecto a las diversas partes cuestiones susceptibles de consideración por el derecho internacional aun en tiempos anteriores a la tipificación de delitos contra la humanidad, cuestiones que iban del bombardeo indiscriminado al maltrato y muerte de prisioneros y rehenes, de la conscripción colonial al trabajo forzado, de políticas de ocupación racistas a la provocación deliberada de hambruna, del hundimiento de buques de pasajeros y de refugiados al minado de tierras y aguas, de la destrucción de infraestructuras a la voladura de poblaciones, de las violaciones masivas a la limpieza étnica, del holocausto a la bomba atómica... La apreciación de un progreso del derecho internacional por una justicia aplicada tan sólo a los vencidos puede comenzar a relativizarse a partir de que vaya abriéndose el campo de visión: Daniel Marc SEGESSER, 'Unlawful Warfare is Uncivilised': *The International Debate on the Punishment of War Crimes, 1872-1918*, en « European

Contraigámonos al tiempo que aquí nos ocupa, entre 1936 y 1939, los años del asalto contra el derecho tanto constitucional de la República Española como internacional de la Sociedad de Naciones y frente a la conexión que, gracias al primero, los mismos guardaban. La organización internacional ha perdido miembros, unos por defección y otros por eliminación, como Austria en marzo de 1938 o Checoslovaquia, Albania y la República Española al cabo justo del año, eliminaciones todas éstas debidas a los fascismos rampantes, sin beneficio alguno de derecho por tanto. En setiembre de 1939, concurriendo ahora la Unión Soviética, que había venido defendiendo a la Sociedad de Naciones desde su incorporación en 1934, se pone en marcha el proceso que conduce a la eliminación de otros cuatro Estados miembros, Polonia, Lituania, Letonia y Estonia. Sin reacción significativa de su parte, la suerte de la organización internacional estaba echada ⁽⁸⁰⁾. Con anterioridad, en 1936, había acabado permitiendo que un Estado miembro, Etiopía, fuera reducido a colonia.

Fue una obra de destrucción que alcanzó al derecho no sólo de los Estados afectados. Uno y otro, el constitucional y el internacional, fueron destruidos con toda sus implicaciones. Primero se produjo la pérdida del derecho, el arrebatado a unos Estados y el dilapidado por la Sociedad de Naciones, y luego, la destrucción humana, tanto física como moral. En 1939, España estaba destruida y Europa lo estaría pronto. Si algo mantendrían por entonces todavía en común, tras la derrota de los fascismos con la excepción de la Dictadura franquista, es que en un corto espacio de tiempo ambas, España y la mayor parte del resto de Europa, se encontraron

Review of History », 14 (2007), 2, pp. 215-234; Mark LEWIS, *The Birth of the New Justice: The Internationalization of Crime and Punishment, 1919-1950*, Oxford, Oxford University Press, 2014.

⁽⁸⁰⁾ Timothy SNYDER, *The Reconstruction of Nations: Poland, Ukraine, Lithuania, Belarus, 1569-1999*, New Haven, Yale University Press, 2003, cap. 4; MAZOWER, *Hitler's Empire*, cit., cap. 4; STEINER, *The Triumph of the Dark*, cit., cap. 16; JORGE, *Inseguridad colectiva*, cit. Junto a México y Nueva Zelanda, la Unión Soviética se había distinguido en el seno de la Sociedad de Naciones por defender el derecho del Pacto contra la agresión nazi-fascista y contra el embargo de armamento a la República Española.

situadas en la tabla prácticamente rasa de una especie de *anno zero* ⁽⁸¹⁾.

Conviene subrayar toda esa serie de detalles mayores porque la historiografía del derecho internacional, tanto en España como, en bastante menor medida, fuera de ella, sumida en el ilusionismo contaminado, aun incluso a la contra, por la incultura desafortunada de los fascismos. Se representa la historia de tal derecho con una narrativa de progreso como si se tratase de una epopeya doctrinal y como si no le cupiera además responsabilidad en tragedias y catástrofes allá por las afueras de una presunta ciencia y de unos éxitos normativos entendidos cuales criaturas suyas ⁽⁸²⁾. Por su parte, el constitucionalismo iusinternacionalista de la República Española no ha dejado huella ni siquiera en casa. Anda perdido incluso para la actual Constitución del Reino de España ⁽⁸³⁾. Tampoco se tiene presente su experiencia en la actual literatura sobre constitucionalismo global que se plantea a partir de la confluencia en el reconocimiento de derechos a diversos niveles, situándosele por encima del estatal ⁽⁸⁴⁾. Siendo así y habida cuenta del tal infradesarrollo de la historiografía del derecho internacional en la misma España, ¿cómo

⁽⁸¹⁾ MAZOWER, *Dark Continent*, cit., cap. 7; Saul FRIEDLÄNDER, *The Years of Extermination: Nazi Germany and the Jews, 1939-1945*, Nueva York, Harper, 2007; T. SNYDER, *Bloodlands: Europe between Hitler and Stalin*, Londres, Basic Books, 2010; Keith LOWE, *Savage Continent: Europe in the Aftermath of World War II*, Londres, Viking, 2012; Ian BURUMA, *Year Zero: The History of 1945*, Londres, Atlantic, 2013, éste no sólo para Europa. Desde *Dark Continent* a *Year Zero* latitudes centrales y orientales se han reintegrado a la historiografía general de Europa, pero está todavía pendiente semejante operación para parte de las occidentales (España, Portugal e Irlanda). Para el « año cero » largo español, Olivia MUÑOZ-ROJAS, *Asbes and Granite: Destruction and Reconstruction in the Spanish Civil War and its Aftermath*, Eastbourne, Sussex Academic, 2011. El título de I. Buruma se inspira en el de la película de Roberto Rossellini *Germania anno zero*, 1948, sin equivalente en la cinematografía alemana.

⁽⁸²⁾ Thomas SKOUTERIS, *The Notion of Progress in International Law Discourse*, La Haya, T.M.C. Asser, 2010 (online como tesis doctoral de la Universidad de Leiden, 2008), con bastante ilustración sobre la visión prevalente acerca del derecho internacional de la entreguerra mundial (caps. 2 y 3).

⁽⁸³⁾ No solamente: Rafael ESCUDERO, *Modelos de democracia en España 1931-1978*, Barcelona, Península, 2013; B. CLAVERO, *Desapego de República y cortocircuito de derechos*, en « Quaderni Fiorentini », 43 (2014), pp. 1037-1076.

⁽⁸⁴⁾ CLAVERO, *Derecho global*, cit., cap. 3 (una primera versión en « Quaderni Fiorentini », 41, 2012, pp. 483-580), con la bibliografía pertinente que ahora ahorro.

podría recuperarse la experiencia del constitucionalismo iusinternacionalista de la República Española en campo de juego no casero? ⁽⁸⁵⁾

Aquella experiencia española interesa, puede interesar, tanto fuera como dentro de España. Comparando un par de acontecimientos que fueron prolegómenos o incluso primeros actos de la Segunda Guerra Mundial, como la Guerra de España y la anexión alemana de Austria, unos autores comentan: « Pero al menos los republicanos (españoles) se defendieron con el único medio que, quizá, hubiera podido hacer recapacitar a ulteriores agresores: con las armas » ⁽⁸⁶⁾. Aparte de que fuera a la postre igualmente en vano, también recurrieron al derecho, a un derecho especialmente valioso y con perspectivas de futuro por cuanto que conjugara constitucionalismo e internacionalismo o se plantease al menos el intento. Se retomó el compromiso con el Frente Popular, que careció de tiempo y condiciones. Al final, en España y más allá, lo que prevaleció fue la frustración de prácticamente todas las posibilidades de cambio a mejor que se había vislumbrado tras las Gran Guerra.

Ilusionó y se frustró el Frente Popular en España, lo segundo por acción de los principales fascismos europeos, el español, el italiano y el alemán. Es una historia española que no acaba de

⁽⁸⁵⁾ Como prueba de la distorsión habitual, Y. GAMARRA, *The neutrals and Spanish neutrality: A legal approach to international peace in constitutional texts*, en *War, Peace and International Order? The Legacies of the Hague Conferences of 1899 and 1907*, eds. Maartje Abbenhuis, Christopher E. Barber y Annalise R. Higgins, Londres, Routledge, 2017, cap. 12, p. 217.

⁽⁸⁶⁾ A. VIÑAS, Fernando HERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *El desplome de la República*, Barcelona, Crítica, 2010, prólogo. Que no se comprenden bien las dos guerras llamadas mundiales si reducimos su arco temporal a 1914-1918 y 1939-1945, está hoy más asumido para la primera que para la segunda. Oxford University Press publica desde 2012 una serie sobre *The Greater War*, por contraste con *The Great War*, cubriendo el arco temporal de 1912 a 1923. Si la perspectiva deja de ser definitivamente euro y estatocéntrica, el inicio de la Gran Guerra tiende a antedatarse aún más: R. GERWARTH, E. MANELA, *Empires at War, 1911-1923*, Oxford, Oxford University Press, 2015, introducción. No hay que decir que este cambio de perspectiva afecta a la ubicación de la historia de la fundación de la Sociedad de Naciones, como ya plantea PROTT, *The Politics of Self-Determination*, cit., p. 5. Acerca de la prolongación de la Segunda Guerra Mundial en las colonias por su mantenimiento, Elisabeth BUETTNER, *Europe after Empire: Decolonization, Society, and Culture*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016.

integrarse en la historia europea. No lo hace como debiera, como conflicto entre constitucionalismo iusinternacionalista y anticonstitucionalismo ultranacionalista, sino que, incluso cuando el maniqueísmo se niega, se le sigue figurando como duelo entre extremismos ideológicos, según ya tendió a hacerse en la época para justificarse la no intervención. Frustración sobre frustración, tampoco el derecho internacional dejó de aportarlas propias pese a todo el recalcitrante ilusionismo de su historiografía⁽⁸⁷⁾. ¿Pasamos a extraer lecciones de la historia que hemos contemplado? ¿Puede haberlas? ¿Cabe que la historia interese de este modo al presente? De momento, reflexionemos sobre las evidencias cosechadas⁽⁸⁸⁾.

5. *Epílogo: ilusiones y frustraciones entre constitucionalismo y colonialismo.*

Venimos tratando del derecho constitucional de la República Española y de un orden entre Estados que abriga la pretensión notoriamente abusiva de serlo de toda la humanidad⁽⁸⁹⁾. Si hablamos de derecho internacional, comencemos por la advertencia. Nació realmente como orden de parte, de una parte además de

⁽⁸⁷⁾ No voy a decir que, frente al usual cultivo de espejismos, la visión de D. KENNEDY, *International law and the nineteenth century: history of an illusion*, en «Nordic Journal of International Law», 65 (1996), 3, pp. 385-420, podría extenderse a través del siglo XX y más acá porque el mismo autor se encarga: *The Dark Sides of Virtue*, cit., con un capítulo, el séptimo, sobre la protección internacional de los refugiados. GILADI, *The Phoenix of Colonial War*, cit., finalizando: habríamos de explicarnos «why the path of the history of international law is littered with so many ‘beginnings’ and ‘renewal’ projects — and why it is, therefore, also strewn with so much amnesia». Para intento de respuesta, *Time, History and International Law*, eds. Matthew Craven, Malgosia Fitzmaurice y Maria Vogiatzi, Leiden, Martinus Nijhoff, 2007.

⁽⁸⁸⁾ Para reivindicación de la historia como maestra, Michael R. MARRUS, *Lessons of the Holocaust*, Toronto, University of Toronto Press, 2016; T. SNYDER, *On Tyranny: Twenty Lessons from the Twentieth Century*, Londres, Bodley Head, 2017.

⁽⁸⁹⁾ En este epílogo reflexiono a partir de evidencias y referencias de texto y de notas, de su desarrollo paralelo. Para referencias que voy a reiterar, tanto *The League of Nations* de Jan Smuts como *League of Nations and National Minorities* de Pablo de Azcárate se encuentran actualmente íntegros en acceso libre online. Para el criptofascismo al que voy a referirme, James BARROS, *Betrayal from Within: Joseph Avenol, Secretary General of the League of Nations, 1933-1940*, New Haven, Yale University Press, 1969.

vocación colonialista con motivación primaria ya religiosa, ya económica, pero en todo caso presumiéndose con capacidad y con obligación de regir los destinos de la humanidad entera. En tiempos de la Sociedad de Naciones, esto es Sociedad como Liga de Estados, así era sin mucho disimulo. Por vía del régimen de mandatos, esta organización interestatal introdujo alguna disciplina en el sistema colonial, pero una disciplina que no lo cuestionaba en absoluto, sino que lo intentaba legitimar y que consiguió potenciarlo. Llegó al extremo de permitir que un Estado miembro, Etiopía, fuera reducido sangrientamente a colonia. Era una forma también de disciplinar. Internacionalismo e imperialismo confluían.

Por cuanto toca al colonialismo, la Sociedad de Naciones ni siquiera intentó la cuadratura del círculo de la Declaración Universal de Derechos Humanos mediante la que Naciones Unidas intentaría compatibilizarlo, si no incluso justificarlo, con derechos (art. 2). Lo que procuró cuadrar la Sociedad de Naciones fue el círculo vicioso de la paz entre Estados bajo la hegemonía de Imperios todavía belicosos. ¿Y cómo se resuelven estos contrasentidos? De la misma manera entrambos. Del mismo modo como ya se cortocircuitaron unos principios de orden internacional tras la Gran Guerra. Lo uno y lo otro, los derechos humanos y el derecho de autodeterminación, donde se concibieron propiamente, sin dobleces ni retorcimientos, fue en medios anticoloniales y no en los imperiales del derecho interestatal y de sus organizaciones más o menos globales.

En aquel paradigma de entidad colonialista es también donde se situaba el derecho constitucional de la República Española. Podía haber desde luego sintonía con la Sociedad de Naciones. El momento internacional de 1919 y el momento español de 1931 tienen eso y bastante más en común, fundamentalmente porque el segundo se vincula y compromete con el primero, el español con el internacional. No vamos a decir que el compromiso se cultivó y fomentó por la República Española de forma empeñada y constante, pues no resultó así. No lo fue particularmente durante un bienio intermedio de gobierno menos constitucional con efectos como el de no presentar mayor oposición a la anexión italiana de Etiopía. El Frente Popular quiso potenciar sus relaciones con la Sociedad de Naciones conforme al compromiso de su programa electoral, pero ni siquiera durante los años de necesidad de la guerra se fue contante. En todo

caso, ahí se tiene el iusinternacionalismo de la Constitución de 1931 y del Frente de 1936.

De España se ha llegado a pretender, por parte de una historiografía casera, que llegó a alcanzar en algún momento posiciones de liderazgo en la defensa organizada de Estados medios y pequeños desde la Sociedad de Naciones. Si miramos a algo más que al propio ombligo, no lo parece. Atrapados entre los intereses de unos Imperios, el británico y el francés dentro de la Sociedad de Naciones, y el creciente ascenso de unas potencias agresivas en suelo igualmente europeo que acabaron abandonando la organización internacional, Alemania e Italia, los intentos de concierto entre Estados tuvieron un acento de la cuenca del Danubio, de los Balcanes o latamente nórdico, pero no mediterráneo ni atlántico. Por su parte, la Unión Soviética, desde que ingresa en 1934 hasta avanzado 1939, no practica políticas agresivas de Estado, ni siquiera en relación con su apoyo militar a la República Española. También fue leal a la Sociedad de Naciones Alemania entre 1926 y 1932. Italia fue desleal desde antes, lo mismo que Gran Bretaña, ésta procurando instrumentalizar la organización internacional en su beneficio imperial. Los Estados menores europeos se lanzaron a buscar fórmulas de seguridad mediante tratados regionales al margen de la Sociedad de Naciones tras el levantamiento de las sanciones a Italia por la invasión de Etiopía, lo que fue en las mismas vísperas del golpe militar contra la República Española. España se vio descolgada en momentos de necesidad. ¿Eso fue todo? En absoluto. Hay más historia en esta historia, una historia que hoy no suele advertirse ni en España ni fuera.

Por aquellos tiempos, la República Española representaba la mejor ilustración de la plausibilidad de un derecho constitucional internacional. Aquel orden constitucional se había hundido ante el golpe militar, pero la República lo recuperó, manteniendo sustancialmente en vigor la Constitución a lo largo de la guerra. Recobró en especial aliento, ante la agresión exterior, su registro internacionalista. No fue una improvisación por necesidad. El compromiso se había renovado con el programa del Frente Popular. Por su parte, la Sociedad de Naciones no representaba un derecho internacional constitucional. No se había fundado en derechos ni se comprometió con ellos. No lo hacía ni cuando adoptaba una política tímida de

abolición de la esclavitud ni cuando miraba a la protección internacional de la mujer y de los menores de edad. Así las cosas, en cuanto que organización internacional, no digo de cada uno sus miembros, no parece que la Sociedad de Naciones finalmente viera sustanciales diferencias entre la República Española y la Dictadura franquista en ciernes. Si nos retrotraemos a 1931, al momento constituyente español, no vamos a acusar de ingenuidad, como suele hacerse, al compromiso iusinternacionalista del diseño constitucional porque la Sociedad de Naciones no estuviera en condiciones de situarse a su altura y acabara defraudándolo.

Los derechos en España era la Constitución quien entonces los ponía. Su iusinternacionalismo representaba una forma de comprometer a la República con su promoción en el ámbito de la organización y el orden internacionales. No era una recepción pasiva, sino un compromiso activo, el mismo que vino a reasumir el Frente Popular en 1936. Subrayemos su peculiaridad. La secuencia cronológica entre el Séptimo Congreso de la Comintern, la Internacional Comunista, en 1935 con su giro pronunciado hacia una política de Frente Popular y la formación del Frente Popular español en 1936 no encierra más conexión política que la entonces poco relevante de la incorporación del Partido Comunista y el préstamo de un nombre que inicialmente no se había adoptado. Con una génesis diversa, esta conjunción española presenta una entidad iusinternacional y constitucional distintiva. Renovó inequívocamente el compromiso con el constitucionalismo iusinternacionalista de 1931. Que la historia no abonara la apuesta no quita mérito al planteamiento y a sus virtualidades. Y que no hubiera espacio para el diálogo en base a derechos entre República Española y Sociedad de Naciones no significa que no hubiera podido acabar habiéndolo. Al fin y al cabo, pese a todo lo visto, el Pacto de la Sociedad de Naciones podría haber sido, con diálogo de derechos entre Estados, el embrión de un constitucionalismo supraestatal. La incógnita última es si pudiera haberlo sido suprainperial. La gran dificultad se llamaba colonialismo.

Las relaciones de la Sociedad de Naciones con la República Española acosada por un golpe de Estado con respaldo militar, financiero y diplomático italiano y alemán se caracterizaron por su huida pronta y acelerada fuera del derecho internacional o, prácticamente, de todo derecho. Al final, el papel de la Sociedad de

Naciones respecto a la Guerra de España fue irrelevante, pero esto porque, impulsada por Gran Bretaña, así lo decidió, no porque la organización internacional ya estuviera sumida en la irrelevancia. La fuga del derecho se encauzó a través de un Comité de No Intervención sin precedente en el derecho internacional, carente de entidad jurídica, no respondiendo a tratado formal, contraviniendo el Pacto de la Sociedad de Naciones, organizado a su margen y aprovechando enseguida por la misma para remitirle el caso y no hacerse cargo de sus obligaciones una vez que se estaba produciendo una agresión extranjera contra un Estado miembro. El Comité de No Intervención no desplegó una actividad que pudiera decirse muy efectiva porque sus principales objetivos, o al menos los de Gran Bretaña, andaban solapados bajo el argumento de estar evitando la extensión a Europa de una guerra que ya era europea. En el mejor de los casos, para los Estados participantes, se trataba de un intento profiláctico de inmunizar a la debilitada Sociedad de Naciones ante el conflicto español aunque fuera al precio de acabar por desahuciarla.

El Comité de No Intervención no se fundó para suplir a una Sociedad de Naciones incapacitada, sino para evitar que ésta se hiciera cargo de sus obligaciones con el efecto consiguiente así precisamente de incapacitarla. Los Estados más fuertes, comenzando por los Estados Unidos ausentes y por la Gran Bretaña presente, no estaban dispuestos a someter sus intereses imperiales, de un imperio informal el estadounidense y de uno formal el británico, a la organización interestatal por mucho que ésta compartiera el mismo paradigma colonial. A medio plazo, la incapacitación de la Sociedad de Naciones por el Comité de No Intervención no sólo no evitó una guerra europea, sino que creó condiciones para que se reprodujera elevada a la máxima potencia. A mediados de 1936 ni Alemania ni Italia estaban en absoluto militarmente preparadas para una guerra generalizada. Nada de esto ha sido suficiente para que quede en evidencia aquella política de no intervención ante la agresión italiana y alemana contra España. Hoy la historiografía tanto no jurídica como jurídica, particularmente la de derecho internacional, no es raro que aprecie con pronunciamientos positivos aquella política suicida de vaciamiento del Pacto de la Sociedad de Naciones. Encubriendo responsabilidades, especialmente la británica, se ha creado incluso la leyenda contrafactual de que, Comité

de No Intervención mediante, la Guerra de España sirvió para dar impulso decisivo a un derecho internacional humanitario.

El colmo de la distorsión ha de reconocerse que se da en efecto con la doctrina iusinternacionalista que presenta a aquel Comité de No Intervención como especie de adelantado del pacifismo. Ni faltaron ni faltan juristas acreditados, españoles y no españoles, ahora incluso entre paladines de los derechos humanos, que han convertido aquella insidiosa política de no intervención en precedente de un desarrollo positivo del derecho internacional en la línea de prevención de la guerra. A este efecto es clave la anticipación que hemos visto del momento de la crisis definitiva de la Sociedad de Naciones, pues esto arroja una luz más positiva sobre el Comité de No Intervención, como si hubiera nacido para suplir un vacío de derecho internacional y no para provocarlo. Así, con estas ignorancias translaticias, es como se escribe todavía su historia no sólo en la España que se precia de democrática y aún arrastra, ya inconsciente, la incultura jurídica generada por la Dictadura franquista. Y no sólo es asunto de representación historiográfica. La negativa de las últimas Cortes españolas que fueran constituyentes a integrar directamente la Constitución en un orden internacional y, muy en particular a sus alturas, en el derecho de los derechos humanos debe mucho, casi todo, a aquella incultura jurídica legada por el franquismo político.

El argumento que sí asumiera la organización internacional fue el humanitario, reduciendo al final prácticamente el problema a la búsqueda de paliativos como si no existieran previsiones del derecho internacional que la Sociedad de Naciones misma representaba. Y ésta, aun con toda la insistencia de la República Española, ni siquiera estuvo mínimamente a la altura de los requerimientos humanitarios de la Guerra de España por mucho que los invocara. Ya se sabe. Ayer y hoy, aparte desde luego tanto buenas intenciones como acciones políticas o ciudadanas realmente desinteresadas, el humanitarismo es la forma de huir del derecho en el ámbito internacional. Humanidad, como la especie natural del animal racional y como una virtud suya, en uno y en otro sentido, viene representando, al menos en el ámbito del derecho, categoría imprecisa y referencia ambigua que, por separado y en compañía, se prestan a todo género de

abusos. El caso de la Sociedad de Naciones ante la Guerra de España es flagrante.

Por entonces, con todo ello, la relación era así de profundamente desigual, pero ahí estaban en todo caso para la misma época cosas bien patentes en común. Fue la primera la ilusión; la última, la frustración. Las ilusiones provocadas por la República española a su advenimiento son difíciles de exagerar. En un país que era rehén económico de la vieja propiedad latifundista, aun con sectores medio o minifundistas y hasta comunitarios, y de la nueva propiedad industrial y financiera, aún con un importante sector artesanal y del pequeño y mediano comercio, así como rehén social de una iglesia, la católica, de cultura por entonces sumamente atávica, la Constitución de 1931, por su programa de derechos sociales y su horizonte de laicidad política, sólo ya por esto, despertó ilusiones que no se contuvieron en manifestarse con perentoria exigencia. En 1936 el rescate de la Constitución por el Frente Popular supuso también la reactivación de tales ilusiones. El golpe de Estado les salió el paso. La República Española pereció por asesinato alevoso. La Sociedad de Naciones, por suicidio asistido.

Algo aportaría la Sociedad de Naciones en el extremo clave del colonialismo, el extremo más importante sin género de dudas si lo que tenemos a la vista es la humanidad entera. Suele decirse que, mediante precisamente el régimen de mandatos, aquella organización disciplinó al colonialismo de forma que en algún grado interesó incluso al genuino, directo o no fiduciario. Puede ser, pero tal fue el modo de legitimarlo en falso y potenciarlo de hecho. Si algo aportó la Sociedad de Naciones, algo que además vino a tener futuro, es la invención del neocolonialismo. Se consumó con la independencia de Irak y su ingreso como miembro de la Sociedad de Naciones en 1932. Gran Bretaña se la concedió previo tratado de concesión de la explotación de los yacimientos petrolíferos y acuerdo de funcionamiento del gobierno iraquí con asesores británicos. Y la independencia se produce con absoluta impunidad para los crímenes y el expolio del paleocolonialismo. España manifestó reservas en la Comisión de Mandatos ante el tratado anglo-iraquí, pero no lo hacía porque defendiese el derecho de libre determinación o porque requiriese que el colonialismo, inclusive el de los Estados mandata-

rios de la Sociedad de Naciones, rindiera cuentas y se responsabilizase.

El abandonismo que no se le hubiera permitido a la República Española respecto a Marruecos en 1931 de haber formalizado la propuesta, lo pudo poner en práctica, con la venia de la Sociedad de Naciones, Gran Bretaña respecto a Irak en 1932, sólo que bajo condiciones netamente neocoloniales y así nada abandonistas. Aunque no sin debate en el seno de la organización internacional, así podía entenderse que se cumplieran previsiones contenidas en el artículo 22 ya citado del Pacto (añadamos otro pasaje del mismo: « Ciertas comunidades que pertenecían antes al Imperio otomano han alcanzado un grado de desarrollo que hace posible el reconocimiento provisorio de su existencia como naciones independientes, a condición que los consejos y la ayuda de un mandatario guíen su administración hasta el momento en que sean capaces de conducirse solas. Los deseos de esas comunidades deberán ser tomados en especial consideración para la elección del mandatario »). La sangrante ficción, sangrante literalmente, fue la de presumirse que, como si fueran ya independientes, Irak prefería a Gran Bretaña o Siria a Francia, siendo además como era la misma división entre Irak y Siria producto de Gran Bretaña y Francia tras la derrota del Imperio Otomano. No faltaban ni faltan quienes ponen el caso iraquí como ejemplo de descolonización y hasta de autodeterminación tempranas. Naciones Unidas intentaría proseguir por esta vía, manteniendo luego criterios coloniales incluso para descolonizar. Es otra historia o, por decirlo mejor, otra forma de prosecución de la misma a la que aquí no hemos llegado.

Woodrow Wilson, el vigésimo octavo presidente de los Estados Unidos, es uno de los primeros nombres que se retiene por cualquiera que se asome a la historia del derecho internacional contemporáneo. Se le acredita el lanzamiento del derecho de autodeterminación que acabaría por conducir a la descolonización o emancipación de los pueblos sometidos a Imperios europeos. Da hoy nombre a la fase de un presunto giro decisivo en la historia del derecho internacional, el susodicho momento wilsoniano. Es una de tantas leyendas que todavía extrañamente se sostiene en la historiografía usual del iusinternacionalismo. En ella apenas si comparece en cambio el nombre de Jan Smuts, el militar y político sudafricano que

planteó la creación del régimen de mandatos de la Sociedad de Naciones potenciando el colonialismo y bloqueando cualquier posibilidad a corto o medio plazo de descolonización alguna, y que fue también quien, con el mismísimo objetivo, propuso la invocación de los derechos humanos en la Carta de las Naciones Unidas. Confiaba en que igualmente sirvieran para legitimar la prolongación del colonialismo franco, lo que efectivamente todavía se consiguió durante un tiempo. La supeditación colonial sería presuntamente necesaria para propagar e inyectar los derechos humanos. Con todo, ¿no suplanta Wilson a Smuts en la historiografía del derecho internacional? Por más cacofónico que ciertamente resulte, a la hora de la verdad, el famoso momento wilsoniano debiera ser el momento smutsiano.

Nació la Sociedad de Naciones con el empeño de disciplinar no sólo, a su modo, el colonialismo, sino también el entero derecho internacional mediante mecanismos como los que se replican en la Constitución de la República Española; así, la obligación de los Estados de registrar sus tratados en la organización interestatal a fin de que, con garantías internacionales, pudieran ser seriamente respetados por todos y no sólo entre las partes, junto con la prevención consiguiente de prohibir cláusulas o acuerdos secretos, algo muy sensible por entonces. De desarrollarse este régimen, la Sociedad de Naciones podría haber ejercitado un control de los tratados en cuanto no sólo a su publicidad, sino también a su jurisdicción. El Pacto hemos visto que confería a la Sociedad de Naciones incluso la capacidad de instar a la revisión de tratados y situaciones que pudieran « poner en peligro la paz del mundo » (art. 19). No se excluían los previos ni tampoco los que tuviesen entidad o implicación colonial.

Los Estados más fuertes nunca estuvieron dispuestos a sujetarse ni siquiera del todo al registro, ya no digamos a otros controles más sustanciales. Las ratificaciones del Tratado Kellogg-Briand proscribiendo la guerra agresiva, salvo implícitamente en las colonias, se registraban en la Secretaría de Estado de los Estados Unidos, no en la Sociedad de Naciones. Los Estados, comenzando por los más fuertes, prosiguieron con sus prácticas de tratados y otros acuerdos a espaldas de la organización interestatal y, a menudo, de su derecho, incluso con proliferación de cláusulas secretas. En este

contexto, el Pacto Kellogg-Briand resultaba una pieza tan accesoría como vana y la misma Sociedad de Naciones, un mecanismo más para las maniobras entre Estados.

La Sociedad de Naciones misma se situaba fácilmente al margen de su propio derecho. Lo ocurrido con el Comité de No Intervención en la Guerra de España no fue anécdota de circunstancias, sino categoría de tendencia. El empoderamiento de la organización interestatal por parte del Pacto para regir el derecho internacional la debilitó al resultar incapaz de hacerse cargo o al no haber estado dispuesta a responsabilizarse como organización de Estados frente a los intereses de algunos de entre ellos. Las frustraciones crecieron en su seno interestatal y en las afueras coloniales con anterioridad a la misma manifestación de su impotencia por casos sonados como el de Manchuria, Etiopía o la misma España, ya no digamos de los de Checoslovaquia, Polonia, Albania o los Estados Bálticos. En los años treinta se empantanaron además las expectativas de renovación del derecho internacional mediante codificación que había en parte fomentado la misma Sociedad de Naciones.

La Sociedad de Naciones fue extinguiéndose sin pena ni gloria o sin más gloria aparente que la escenificación de un traspaso de credenciales a las Naciones Unidas tras la Guerra Mundial. Pereció de hecho al mismo tiempo que la República Española. Fue durante los primeros meses de 1939, cuando se suceden los reconocimientos internacionales de la facción franquista como flamante Estado y cuando Asamblea y Consejo de la organización internacional dejan prácticamente de funcionar y su Secretario General lo que deja es de disimular su simpatía por las dictaduras, inclusive la franquista. Todavía tuvo alguna actuación conforme a sus principios, como a favor de Finlandia frente a la agresión de la Unión Soviética a finales de 1939, pero no había reaccionado ante la invasión de Albania por Italia, pese a la reclamación albana, pocos meses antes. Lo de Finlandia ya era el canto del cisne. Y el sesgo político estaba claro.

El fracaso empecinado de la Sociedad de Naciones ante la Guerra de España había sido el certificado, si no de defunción consumada, de enfermedad terminal, con anterioridad al estallido de la Segunda Guerra Mundial o, dicho mejor, antes de reanudarse la misma tras la Guerra de España, bien que la República Española

malviviera en el exilio durante décadas y la Sociedad de Naciones alargara a duras penas algunos años su existencia mortecina hasta poco después de la fundación de Naciones Unidas. Se han subrayado luego elementos de continuidad, como la Corte Internacional de Justicia, la Organización Internacional del Trabajo y algunas otras instancias aparentemente técnicas de la propia Sociedad de Naciones, pero hicieron falta reciclajes y maquillajes. A esto segundo, a la cosmética del tránsito, concurre una serie editorial en la que se comprende en 1945, entre otras obras por lo usual igualmente desubicadas por parte de la historiografía actual del derecho internacional, *League of Nations and National Minorities* del español Pablo de Azcárate. Conoce una traducción editada y celebrada a finales de siglo por el Congreso de los Diputados moldeando el título en la línea de la desubicación: *Minorías nacionales y derechos humanos*.

Las ilusiones son históricas y también historiográficas. La imagen prevalente es la sucesoria. Igual que Naciones Unidas sucede a la Sociedad de Naciones, la Dictadura franquista sucede como Estado a la República Española. Así sea, pero no sin matices decisivos. En el caso español, no hay un Estado que se transmita de una República a una Dictadura aunque sólo fuera porque esta segunda procedió a una destrucción masiva de las instituciones y a una depuración sistemática del personal de la primera. El derecho igualmente se depuró a fondo. No hubo, en cambio, al fenecimiento de la Dictadura, ninguna operación semejante, salvo una cláusula derogatoria general en la Constitución de 1978 que mal podía operar dada la continuidad del personal judicial, incluido en los tribunales superiores el más comprometido políticamente. Y como el ordenamiento, la historia. La historiografía jurídica se produce por lo general en tales mismos términos.

Por ahí anidan, con las ilusiones, las frustraciones. No las hemos visto reflejadas en la historiografía predominante. Comienza por representarse los acontecimientos en un escenario europeo donde la Guerra de España y la Dictadura franquista no acaban de encajar por desfigurárseles como si fuera un conflicto casi en exclusiva interno y de régimen, con el tiempo, no fascista. La misma cuestión que hemos contemplado de la resistencia de un Estado constitucionalista a la par que iusinternacionalista, el de la República

Española, recurriendo no sólo a las armas, sino también al derecho, incluido el del Pacto de la Sociedad de Naciones, ni siquiera se observa por la historiografía al uso. Incluso en la de alcance europeo más integral, la que hoy, tras 1989, está abarcando al Este tanto como al Oeste de Europa, el caso de España no encuentra su lugar. Se ha normalizado la narrativa que excepciona a España de la destrucción estrictamente fascista de Estados constitucionales, con lo que no se comprende su Dictadura, la franquista, como caso de persistencia del fascismo tras la derrota de los fascismos, el único en rigor pues Portugal, tan cercano y tan lejano al tiempo, es otro asunto. Resulta más fácil andar estereotipando y así eludiendo la brega con singularidades y complejidades que desdibujarían los trazos netos de los grandes frescos historiográficos. Así se ha perfilado el escenario donde cuanto hemos contemplado no resulta perceptible o, de observarse, no alcanza el perfil que merece salvo en la literatura para la afición. En España, las investigaciones sobre la criminalidad de la última Dictadura no logran socializarse a través de la historiografía general ni académica ni divulgadora.

Imaginemos que la República Española y la Sociedad de Naciones no hubieran sucumbido. Esto no habría despejado frustraciones. La historiografía usual tanto del derecho internacional como del derecho constitucional es recalcitrantemente *whig*. Se desarrolla en términos de progreso abstraídos de sujetos imperiales y de súbditos coloniales. Tanto el constitucionalismo de entreguerras como el internacionalismo de la Sociedad de Naciones eran visceralmente colonialistas. No contenían ningún principio ni de democracia consecuente ni de determinación libre que pudiera conducir a la superación de tamaña hipoteca. La frustración de gran parte de la humanidad, la exterior al constitucionalismo y al internacionalismo de entonces, estaba más que asegurada de antemano y sin remedio. Por los sectores coloniales informados, entre Marruecos y Kenia, entre Siria y Corea, entre las Filipinas y las Samoas, habían podido apenas despertarse ilusiones. Reiterémoslo. Pese a toda la fantasía de la historiografía predominante, una concepción de los derechos humanos que merezcan realmente el nombre, comprendido el de libre determinación colectiva, no procede históricamente de los Estados de matriz europea en Europa o fuera de

Europa, por sí solos o en comandita, sino de los medios resistentes de la humanidad sometida a su colonialismo.

Desde las ilusiones hasta las frustraciones, hemos asistido a una historia truncada, pero una historia que, ni para España ni para la humanidad, desapareció del todo con el contratiempo. Se ha reanudado la historia en ambos casos, la de la organización internacional relativamente pronto, en 1945, la de la España constitucional bastante más tarde, en 1978, ambas experiencias con traumas terribles de por medio dejando profundas huellas. ¿Qué relación ha existido entonces entre el truncamiento y la reanudación? ¿Hasta qué punto se ha heredado, cada vez más solapada, aquella clave del colonialismo? ¿Han sido casos, el constitucional y el internacional, no sólo de recuperación, sino también de regeneración? ¿Fue aquel tiempo una antesala del nuestro o ya se encuentra por completo cancelado? ¿Podemos dialogar por encima de la distancia, hacerlo con la historia? ¿Cabe la comunicación? ¿Y se ubican por aquella entreguerra los orígenes, mejores o peores, del derecho constitucional y del orden internacional de hoy? ¿Podemos ubicarlos bien si pensamos en tales términos de orígenes? De haber lecciones de unas experiencias frustradas, ¿resultan provechosas? ¿Podríamos aprender del intento de rescate de la Constitución de 1931 por el programa del Frente Popular en 1936 para plantear una operación análoga respecto a la actual Constitución, una Constitución no menos degradada durante estos últimos años? ¿Las lecciones pueden ser, con todo, no sólo de carácter teórico, sino también, así, de utilidad práctica? ¿Cabe que lo sean igualmente para cuestiones de orden internacional?

La Grande Illusion de Jean Renoir se rodó en 1937 reflejando que ilusiones y frustraciones ya se bastó para colmarlas la Gran Guerra, de la que por lo visto no se aprendió mucho. *Germania anno zero* de Roberto Rossellini se rueda en 1948 levantado acta trágica de la frustración más desolada, de la que tampoco parece que se hayan extraído todas sus lecciones. Lecciones de la entreguerra, haberlas, haylas, pero no siempre porque se capten y asimilen. España me temo que ha aprovechado poco, si algo, del constitucionalismo iusinternacionalista de la última, algún día penúltima, República. En cuanto a Naciones Unidas, hay lecciones aprendidas del fracaso patente de la Sociedad de Naciones, aunque parece que sólo a

medias y a rastras. Mas hemos de reconocer en fin que todo esto constituye, entre « España y la Humanidad », otra historia. Entre *La Grande Illusion* y *Germania anno zero* era tanto lo que había cambiado.

PAOLO GROSSI

GUSTAVO BONELLI: UN PROTAGONISTA DEL
PENSIERO GIURIDICO ITALIANO
FRA OTTO/NOVECENTO (*)

1. Sull'adempimento di due mancate promesse. — 2. Gustavo Bonelli: il « metodo sperimentale di osservazione dei fatti » quale fondazione salvante per la scienza giuridica. — 3. Su un ulteriore inabdicabile compito del giurista: la 'costruzione' teorica. — 4. Le certezze del giurista Bonelli. — 5. Gustavo Bonelli al lavoro: *a*) in tema di persone giuridiche. — 6. *b*) in tema di titoli di credito. — 7. *c*) in tema di fallimento. — 8. Su la 'cultura' di Bonelli.

1. *Sull'adempimento di due mancate promesse.*

L'invito a tenere questa Relazione, entro una mattina dedicata alla memoria di Gustavo Bonelli, mi è graditissimo, perché mi consente finalmente di pagare due debiti o, per dir meglio, di adempiere due mancate promesse.

Il primo debito è con lo stesso Bonelli. Da parecchio tempo mi ero, infatti, accorto, nelle mie tante ricerche sulla storia del pensiero giuridico italiano tra Otto e Novecento, dell'indubbio rilievo della sua opera di uomo di scienza e mi era capitato di segnalare la singolarità del suo essere sempre stato professionalmente un *pratico* (un avvocato della Banca d'Italia), congiungendo tuttavia in sé ammirevolmente il costante esercizio, sia della dimensione forense,

(*) Relazione tenuta presso la sede centrale della Banca d'Italia, a Palazzo Koch in Roma, il 3 aprile del 2017, in occasione della presentazione del volume *Gustavo Bonelli — Un giurista in Banca d'Italia*, a cura di C. Angelici, O. Capolino, P. Ciocca, M. Perassi, M. Stella Richter jr., G. Terranova, Roma, Servizio Editoriale della Banca d'Italia. Per quanto riguarda le citazioni concernenti i saggi bonelliani ristampati nel volume che oggi si presenta, i numeri delle pagine sono quelli del sopradetto volume. Ciò vale anche per le citazioni delle riflessioni sull'opera di Bonelli a firma di Capolino, Terranova, Stella Richter, Angelici.

sia di quella scientifica. Non ero, però, andato più in là di accenni anche se precisi, testimoniando soltanto la mia attenzione per il personaggio.

Il secondo debito è verso la direzione del ‘Servizio di consulenza legale’ della Banca d’Italia, che, cogliendo con soddisfazione quei miei accenni, mi aveva più volte proposto di occuparmi distesamente di uno studioso che aveva assai onorato la loro istituzione. E ricordo che, per invogliarmi all’opera, fui destinatario del generoso invio di una massa cospicua di fotocopie delle pagine bonelliane di maggiore interesse.

I molti impegni universitarii ed accademici, dapprima, e, poi, l’inizio del mio novennio all’interno della Corte Costituzionale come Giudice e come Presidente mi hanno impedito di dedicarmi a una fatica certamente assai remunerativa sul piano culturale.

Ora, la Banca d’Italia ha provveduto essa stessa a colmare il vuoto, e l’ha fatto nel migliore dei modi: pubblicando l’ampio volume che oggi si presenta, dove il lettore può reperire la ristampa dei più rilevanti saggi bonelliani, opportunamente disseppelliti da lontane annate delle più diverse Riviste, e unendovi valutazioni critiche affidate a prestigiosi cultori della scienza gius-commercialistica italiana. Di questo il vecchio ammiratore di Bonelli, nonché mancato autore della auspicata odierna rivisitazione, è assai grato al Governo e alla Dirigenza della Banca, che hanno promosso, guidato, compiutamente realizzato la pubblicazione.

2. *Gustavo Bonelli: il « metodo sperimentale di osservazione dei fatti » quale fondazione salvante per la scienza giuridica.*

Senza cavalcare dubbi annosi e mettendo da parte von Kirchmann e diatribe troppo spesso sterili, porrei come presupposto non discutibile che la riflessione sul diritto ha dato vita in più di duemila anni a una autentica *scienza* giuridica e che questa *scienza* ha potuto assurgere, grazie alla eccellenza di taluni protagonisti, al rango di un vero *pensiero giuridico*; precisando subito che, con questo impegnativo sintagma, intendo puntualizzare il momento alto di una riflessione scientifica, che si eleva a livello dell’*universale* individuando categorie concettuali ordinanti, durature per quanto possono esserlo delle creature storiche e immerse nella storia.

A questo primo presupposto ne aggiungerei prontamente un altro, che mi viene confermato dalle tante indagini storico-giuridiche condotte nella mia ormai lunga vita: che questo *pensiero giuridico*, nonostante abbia da molti secoli trovato la sua nicchia congeniale all'interno di istituzioni universitarie — per loro vocazione dedicate alla ricerca scientifica, malgrado i tradimenti e le maldestre intrusioni di incolti legislatori (e ne abbiamo subito gli oltraggi anche recentemente in Italia) — non è mai stato da esse monopolizzato. Al contrario, essendo la scienza giuridica necessariamente segnata da una sua intrinseca carnalità ed essendo in essa strettissima la congiunzione (e — direi — la compenetrazione) fra teoresi ed esperienza, sia le aule di un tribunale, sia le stanze di uno studio forense hanno costituito, grazie ad alcuni personaggi di spicco, l'ambiente idoneo a genuine manifestazioni di pensiero giuridico.

Una di queste feconde officine fu tra Otto-Novecento, senza alcun dubbio, l'ufficio legale della Banca d'Italia, e lo fu per la ininterrotta presenza, durata alcuni decenni (1), per l'appunto di Gustavo Bonelli. Che fu avvocato, non per costrizione o per indolente inerzia, ma perché sempre consapevolmente lo volle essere. E lo testimoniano ampiamente le mancate adesioni alle lusinghiere proposte che a lui venivano da Vittorio Scialoja per un transito nei ranghi della carriera universitaria o da Lodovico Mortara per entrare nel *cursus honorum* della magistratura (2).

Sarebbe facile dire che lo scranno di consulente legale entro l'apparato protettivo dell'imponente istituto bancario doveva sembrare conveniente a quel personaggio che vecchie biografie ci descrivono scapolo, modesto nel tratto e nel vestire, schivo e compiaciuto di una vita privata quasi nascosta, alieno dal farsi coinvolgere in cerimonie ufficiali o comunque mondane (3); ma, a nostro avviso, sarebbe un cedimento alla faciloneria di disegnare di lui una sagoma troppo oleografica.

(1) Fu assunto nel 1887 con il grado di 'Aiutante capoufficio in esperimento' arrivando al rango di 'avvocato generale', che conservò fino alla morte avvenuta nel 1926 (cfr. O. CAPOLINO, *Note biografiche*, pp. 601/602).

(2) Cfr. G. TERRANOVA, *Bonelli, Gustavo*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, Bologna, il Mulino, 2013, vol. I, p. 289.

(3) Cfr. CAPOLINO, *Note biografiche*, cit., p. 603.

Più appagante è, invece, cogliere in Bonelli un personaggio culturalmente speculare al suo tempo. Nato nel 1853, egli si forma — come giurista — in anni dominati anche in Italia da un empirismo sociologizzante ritenuto l'unica strada scientificamente corretta anche per i cultori delle scienze umane. Gli derivò il culto per un'osservazione umile e attenta della realtà sociale ed economica, trasformatosi presto in qualcosa di più, ossia nello strumento per una maggior sicurezza epistemologica, in un « metodo sperimentale di osservazione dei fatti » ⁽⁴⁾, come dirà in un suo saggio della piena maturità di studioso.

In questo egli si dimostrava culturalmente vicino al rifondatore della scienza gius-commercialistica in Italia, a Cesare Vivante, il quale, anziché cristallizzarsi nella esegesi degli articoli di un Codice, preferiva « studiare la pratica mercantile, dominata com'è da grandi leggi economiche, facendo dello studio del diritto una scienza di osservazione », come scrive — nel 1893 — con un inchiostro forte nella 'Prefazione' al primo volume del suo maestoso 'Trattato' ⁽⁵⁾.

Dunque, *osservazione* in Vivante e in Bonelli, e, soprattutto, osservazione dei fatti di vita, di quella prassi quotidiana delle imprese e degli affari dove il diritto nasce e si afferma spontaneamente, osservazione come l'unica base solida per arrivare a una verità probabile. Se così è, quale migliore osservatorio che non lo scranno all'interno dell'ufficio legale della Banca d'Italia, dove gli era consentito di toccare quasi con mano la fattualità economica quotidiana? La fedeltà a quello scranno, durata per tutta la sua vita professionale, è perfettamente comprensibile e giustificabile.

3. *Su un ulteriore inabdicabile compito del giurista: la 'costruzione' teorica.*

Tuttavia, in Bonelli come in Vivante, il ruolo del giurista non può arrestarsi qui. L'osservazione è una imprescindibile base, ma — sia ben chiaro — non consiste in una neutra registrazione di dati. Al contrario, l'intuizione dell'osservatore opera quelle scelte idonee

⁽⁴⁾ *La teoria della persona giuridica* (1910), p. 167.

⁽⁵⁾ C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, vol. I — *Le persone*, Torino, Bocca, 1893, Prefazione, p. VI.

capaci di fondare la costruzione: al di sopra, non può non ergersi la *costruzione*. L'osservazione ha, infatti, un senso unicamente perché sorregge appropriatamente un edificio teorico che la sintetizza e anche la compie; altrimenti rischierebbe di disperdersi in una atomistica empiria. Lo scopo dell'osservazione si realizza appieno se dà solidità a una costruzione teorica.

Su questo punto, però, Bonelli si differenzia da Vivante. La sua è una mente speculativa ed è dominante in lui il gusto per dei pinnacoli svettanti, anche se mai nuvoleschi e sempre robustamente radicati in un substrato fattuale. Infatti, una finalità percorre i suoi scritti: arrivare alla *reductio ad unitatem*. Atteggiamento che, tuttavia, non è mai avventuristico, né mai incline all'artificioso, anche se c'è talvolta un puntiglio che lo porta alla esasperazione di una conclusione teorica. Lo scienziato Bonelli non dimentica mai l'avvocato; è che non gli si confà l'analisi sparsa, mentre la sua schietta dimensione di uomo di pensiero lo porta a tentare la strada per conseguire la sintesi, anche se erta e piena di inciampi; come lascia ai mediocri i ricami esegetici, tendendo sempre a costruire. Il vocabolo *costruzione*, dal pretto sapore architettonico, costella le pagine bonelliane, con un prestito che lui ben volentieri ammette di prendere dai suoi mentori tedeschi che parlano espressamente di 'juristische Konstruktion'.

Uomo di sintesi, indubbiamente, e di teorizzazioni rigorose, ma, lasciando le logorree ai perditempo, gli preme sempre mettere a fuoco e, dunque, centrare il bersaglio. Ignora le minuzzaglie dei dati singoli e cerca con sguardo aguzzo la identità di un 'istituto' giuridico. In questo si mostra uno straordinario *definitore e sistematore*. Sì, perché il definire non si consuma, come correntemente si può credere, nel confezionare una formula pur che sia, ma piuttosto nel cogliere l'essenziale di una sagoma giuridica dandole dei confini culturalmente e tecnicamente corretti. Sì, perché il sistemare significa non lasciare isolata quella sagoma ma inserirla in un quadro più ampio dove si può acquisire il tratto fondamentale della civiltà storica che le ha fornito la vita.

Vorrei dare la parola al nostro Autore. Nel saggio del 1890, che è il suo primo tentativo edificatorio per il tema che impegnerà durevolmente la sua ricerca di studioso, la persona giuridica, ecco come identifica il proprio lavoro: cogliere « la nozione stessa fonda-

mentale della personalità giuridica, il suo posto nel sistema di diritto privato, insomma la sua *costruzione* [il corsivo è di Bonelli], per dirla alla tedesca » (6). Scendendo a un altro tema prediletto, i titoli di credito, in relazione a quelle che lui ritiene « le due grandi caratteristiche » che li contraddistinguono (7), egli si domanda: « come si spiegano queste due caratteristiche? Cioè come si ricollegano e che posto prendono nel sistema del diritto privato? Questa è la parte *filosofica* [corsivo mio] e come dire il coronamento dell'edificio scientifico, ed è ciò che i tedeschi chiamano *costruzione* dell'istituto » (8).

Insomma, il giurista come costruttore; ma deve esser chiaro che il progetto costruttivo costituisce la sua *filosofia*, il suo porsi grossi problemi culturali e tecnici e tentar di risolverli. Per questa strada il giurista arriva a quel 'coronamento' (parola del Nostro) che è pensiero, che è, attraverso una sistemazione tecnica, contributo alla intera cultura di cui si intesse una determinata civiltà storica.

4. *Le certezze del giurista Bonelli.*

Il personaggio bi-fronte, avvocato e uomo di scienza, si trovava ad avere due appuntite frecce al suo arco: la sicurezza, che gli forniva l'osservazione con la sua continua provvista di dati; la sicurezza, che gli proveniva dalla convinzione sulla chiamata del giurista a costruire (e, allo stesso tempo, dalla certezza della propria capacità a farlo). È, a questo punto, che l'umiltà della persona poteva anche trasformarsi in implacabile durezza allorquando Bonelli vedeva messa a rischio la sua ricerca della verità scientifica.

E vediamo emergere la coscienza ferma della correttezza metodologica delle proprie soluzioni teoriche e anche della loro originalità. In una lettera del 1911 al suo rispettatissimo interlocutore Leone Bolaffio, un commercialista — al par di lui — vivantiano, parla autobiograficamente, con estrema franchezza, di « idee nuove

(6) *Di una nuova teorica della personalità giuridica*, p. 133.

(7) Ossia l'incorporazione del credito nel titolo e l'autonomia del credito in qualunque dei successivi legittimi possessori del titolo (*Contributo ad una teoria scientifica dei titoli di credito* (1897), p. 474).

(8) *Ibidem*.

e originali che altri possono giudicare stravaganti, ma alle quali ho serbato e serbo tuttora fede pienissima »⁽⁹⁾.

E vediamo emergere in lui un censore severo di fronte a prodotti scientificamente inadeguati. È noto che il suo primo approccio al tema della persona giuridica (che sarebbe diventato a lui assai familiare) nasce come recensione alla quantitativamente enorme opera di un pratico senza molte ali, Giorgio Giorgi, magistrato e uomo politico di qualche fortuna. Ebbene, le pagine di Bonelli prendono la forma di una aperta, impietosa stroncatura⁽¹⁰⁾. La severità del giudizio non è inquinata da dubbii o attenuazioni, perché agli occhi del censore è in discussione la scientificità di un'opera ritenuta meramente, anziché costruttiva, compilatoria.

E lo vediamo ergersi con cipiglio censorio anche quando, dinnanzi a una ingabbiatura in termini contrattuali per l'istituto del titolo di credito, non ha mezzi termini nel qualificare « la teorica proposta dal Chironi, ultimo e disperato tentativo davvero di costruzione basata sul contratto »⁽¹¹⁾. Evidentemente, l'avvocato Bonelli non è turbato dalla circostanza che Giampiero Chironi è un illustre cattedratico di 'diritto civile' nella Facoltà giuridica torinese. Per lui certe durezze, lungi dall'essere frutto di astio, consistevano soltanto in doverose espressioni di probità scientifica.

5. *Gustavo Bonelli al lavoro: a) in tema di persone giuridiche.*

Credo che sia il momento di sorprendere Bonelli al lavoro, verificando entro il tessuto di alcuni basilari istituti il distendersi della trama di un autentico pensiero giuridico. La mia scelta concerne, innanzi tutto, la persona giuridica, e, poi, i titoli di credito e il fallimento.

L'approfondimento teorico sulla persona giuridica ha due tappe fondamentali, il 1890 quando la recensione a Giorgi diviene un corposissimo saggio, e il 1910 quando egli pubblica sulla 'Rivista

⁽⁹⁾ La lettera è citata da M. STELLA RICHTER jr., *Persona giuridica e società*, p. 116.

⁽¹⁰⁾ Si leggano, soprattutto, le pagine iniziali (*Di una nuova teorica della personalità giuridica*, pp. 133-135), dove con fine ironia si demoliscono le premesse pseudo-filosofiche del Giorgi.

⁽¹¹⁾ *Contributo ad una teoria scientifica dei titoli di credito*, p. 489.

di diritto civile' un ampio studio che intende essere la sintesi delle sue riflessioni squisitamente scientifiche su quel tema/problema. Nel 1910, proprio perché non si tratta di un contrappunto dialettico (come nel 1890 *versus* Giorgi), ma di un autonomo tentativo di costruzione, il discorso è più diretto, più nitido, svelandoci dal principio alla fine i lineamenti costruttivi dell'edificio scientifico disegnato dal Nostro.

V'è, in primo luogo, un *postulato* da cancellare, contro cui si accanisce la *vis polemica* di Bonelli. Egli lamenta, infatti, il « lungo persistere del pregiudizio antropocentrico » (12), che ha portato troppi giuristi a conclusioni che non riescono a cogliere l'essenza delle persone giuridiche; le quali « non sono astrazioni, non/enti, parvenze d'enti o enti fittizi e immaginari, ma vere e reali unità patrimoniali autonome » (13). E qui affiora decisa la sicurezza del buon costruttore: « noi abbiamo trovato che per una intiera categoria di subbietti l'elemento umano non fa parte del substrato della persona né in forma individuale né in forma collettiva »; « la personalità fa capo al solo patrimonio »; « il patrimonio come solo elemento comune a tutte le categorie di subbietti, dovrà assumersi a substrato della personalità giuridica di diritto privato »; « i rapporti giuridici di diritto privato corrono difatti fra unità patrimoniali » (14).

Ecco l'entità unificativa, il *patrimonio*, inteso come « complesso *unificato* e *organizzato*, elevato perciò ad *unità autonoma*, a *institutum iuris*, e ciò per virtù della *destinazione* ad esso impressa ». E si precisa e chiarifica: « questo processo di unificazione, a cui si deve la formazione del patrimonio come tale, lo toglie con ciò stesso dal novero delle cose materiali per farne un *ente di diritto* » (15) [i corsivi sono di Bonelli].

(12) *La teoria della persona giuridica*, p. 181. Ma si veda soprattutto il §. 9, a p. 230, che si intitola « Il pregiudizio antropocentrico attraverso le varie teorie ».

(13) La frase è tratta da una nota a sentenza risalente al 1886, dove può rintracciarsi, secondo Stella Richter, « il primo germe della sua teoria della persona giuridica » (*Persona giuridica e società*, p. 116). La citazione del testo bonelliano è a p. 117.

(14) *La teoria della persona giuridica*, p. 214.

(15) *Di una nuova teorica della personalità giuridica*, pp. 138-39.

Questa è vera costruzione giuridica, questo è autentico pensiero giuridico, perché l'uomo di scienza dà vita — grazie all'uso sapiente di categorie unificanti — a una entità giuridicamente reale. Si può discutere, si può dissentire sui presupposti teorici assunti da Bonelli a bussola del proprio itinerario, si può constatare (e anche capire) che il Nostro non ha avuto fortuna, mentre l'ha avuto il quasi coevo tentativo di Francesco Ferrara senior, ma non si può non ammirare la tensione progettuale e il rigore argomentativo indirizzati con straordinaria coerenza a identificare la base unitaria della soggettività giuridica.

6. b) *in tema di titoli di credito.*

Passiamo a un altro grosso tema bonelliano: i titoli di credito. Quando, nel 1897, Bonelli scrive il suo « Contributo a una teoria scientifica dei titoli di credito », Vivante ha, già da qualche anno, avviato il varo del suo monumentale 'Trattato', primo corposo (e riuscito) tentativo di rinnovamento di tutta la conoscenza commercialistica in Italia. E il Nostro non si sottrae a un doveroso (ma sentito) atto di ossequio verso la « poderosa opera » di Vivante ⁽¹⁶⁾; il che, però, non lo esime dal sottrarsi alla consueta severità di giudizio. A suo avviso, infatti, c'è nel tentativo vivantiano una 'parte sana' ⁽¹⁷⁾ e una, al contrario, ritenuta 'inaccettabile', quella consistente nell'*orientamento* dato alla edificazione dell'intero sistema del diritto privato ⁽¹⁸⁾. Ecco le sue motivazioni: « noi annettiamo non poca importanza anche a questa parte, che a molti sembra una superfetazione metafisica da lasciarsi ai tedeschi, e crediamo che

⁽¹⁶⁾ *Contributo ad una teoria scientifica dei titoli di credito*, p. 455.

⁽¹⁷⁾ « La parte sana è costituita, secondo noi, dalla teorica in sé stessa, dalla determinazione del suo oggetto e dei suoi limiti, dai principii che ne informano il contenuto, cioè dalla parte più *praticamente* (e si intende praticamente *per la scienza*) interessante » (*ibidem*).

⁽¹⁸⁾ « La parte che non accettiamo è il tentativo di *costruzione* da cui è accompagnata, cioè il suo *orientamento* [il corsivo è di Bonelli] (per così esprimerci) nell'intero sistema del diritto privato, quale vorrebbe darcelo l'illustre professore » (*ibidem*).

senza di essa un edificio scientifico non possa mai dirsi veramente compiuto » (19).

Superfetazione metafisica! Era il rimprovero più infamante per un uomo di osservazione, attento ai fatti come alla base necessaria di ogni costruzione teorica. Ed è chiaro che per lui i principii che articolano il sistema privatistico non costituiscono una artificiosa metafisica lontana dai fatti e, probabilmente, in contrasto con essi. Quei principii sono, invece, la *filosofia* cui aveva accennato in altra sua pagina (20) e della quale il giurista non può fare a meno, perché è la intelaiatura categoriale che fa respirare i dati tecnici, li toglie dalla mera empiria del fattuale, li armonizza in un sistema. È certo che il punto di avvio è nei fatti di vita, anche se sottoposti sempre a scelte estremamente selettive dell'osservatore: da lì, per via di decantazioni progressive, grazie agli strumenti teorici degli scienziati (siano maestri accademici o pratici) e alla loro capacità ordinativa, si arriva al sistema, dove un complesso coerente di categorie concettuali supera l'atomismo dei dati e ne esprime la sintesi nell'edificio perfettamente compiuto.

7. c) *in tema di fallimento.*

Vengo al terzo esempio scelto, e cioè al fallimento. Qui Bonelli si impegna in una architettura grandiosa bene espressa nei tre tomi destinati a disegnare l'istituto. Ha ragione Terranova quando lo qualifica senza mezzi termini come « il più grande fallimentarista italiano » (21). Qui assurge a modello il consueto canone del giurista/pensatore, che cerca e individua un forte basamento teorico necessario a dare unità all'edificio sovrastante: il fallimento quale persona giuridica. Qui le nozioni di persona giuridica e di rapporto obbligatorio sono unificate in una concezione meramente patrimonialistica, dando ulteriore spazio alla lotta bonelliana contro l'antropocentrismo.

Per quel che si è detto più sopra, sappiamo che la persona giuridica è un patrimonio. Anche il rapporto obbligatorio è un

(19) *Ibidem.*

(20) Cfr. la citazione fatta alla nota 7.

(21) G. TERRANOVA, *Gli studi sul fallimento*, p. 263.

rapporto fra patrimoni, con un palese tentativo di desoggettivizzare il vincolo obbligatorio (22). Ed è palese la percezione della circolazione giuridica come costituita dalla interazione di tante autonomie patrimoniali. Debitore e creditori sono diventati, come afferma Terranova, semplici « destinatarii (diretti o residuali) del risultato utile della liquidazione » (23). L'obbligo non viene più inteso come una situazione di asservimento personale e il fallimento, in questa visione, non ha certamente come scopo principale la punizione del debitore (24).

Anche di fronte a questa costruzione bonelliana, si può dissentire ritenendola discutibilissima, ma non si potrà non rilevare una orditura robusta di pensiero che è sempre all'insegna di una rigorosa coerenza teoretica.

8. *Su la 'cultura' di Bonelli.*

Si impone una domanda finale, che può sembrare bizzarra: chi era Gustavo Bonelli? Domanda legittima, perché non può bastare a disegnare questo personaggio la consapevolezza che si trattava indubbiamente di un uomo dotato di straordinaria forza speculativa. Si deve almeno aggiungere che egli può agevolmente arrivare ai suoi risultati costruttivi anche grazie alla sua formidabile cultura giuridica, a cominciare dalla sua provetta conoscenza dei vecchi maestri dello *ius commune* medievale e, particolarmente, della letteratura civilistica e commercialistica tedesca (di cui dà continua prova nelle sue pagine). Ha ragione Angelici, quando insiste sul ruolo centrale che ha in lui la comparazione, attento, però, più che alle fonti normative, alle elaborazioni dottrinali, le uniche capaci di individuare metodi interpretativi, concetti e linguaggio comuni. È a questo dialogo culturale che egli soprattutto guarda (25).

Lo scranno di avvocato della Banca d'Italia può solo all'apparenza sembrarci appartato; al contrario, quello scranno ha canali di comunicazione che mettono in contatto quel singolare avvocato con

(22) Ivi, p. 264.

(23) Ivi, p. 266.

(24) Ivi, p. 270.

(25) C. ANGELICI, *Gli studi sui titoli di credito*, pp. 446-47.

buona parte dei protagonisti della scienza gius-privatistica europea. È questa cultura che funge da lievito per la sua immancabile osservazione dei fatti e che riesce a supportare il disegno di intelaiature ordinanti che sono specifico compito del giurista. Grazie a questo lievito culturale egli può sopravanzare il livello strumentale della mera tecnicità e trasformarsi in un facitore di pensiero. Bonelli avrebbe candidamente detto: trasformarsi in un filosofo.

PAOLO GROSSI

SULL'ESPERIENZA GIURIDICA POS-MODERNA
(RIFLESSIONI SULL'ODIERNO RUOLO DEL NOTAIO) (*)

1. Per una necessaria messa a fuoco. — 2. Qualche opportuna notazione sulla nostra Costituzione: è l'ultima delle moderne 'carte dei diritti'? — 3. Sul carattere pos-moderno della nostra Costituzione. — 4. Sul pluralismo giuridico di questo nostro tempo pos-moderno. — 5. 'Eclissi del diritto civile'? — 6. Tempo giuridico pos-moderno: tempo di *inventori/interpreti*. — 7. Pluralismo giuridico, pluralizzazione e detipizzazione delle fonti del diritto. — 8. L'odierno notaio quale partecipe allo sviluppo dell'ordinamento giuridico.

1. *Per una necessaria messa a fuoco.*

Il mio caro amico Massimo Palazzo ha segnato nel programma un titolo dall'oggetto amplissimo per la mia Relazione, da lui generosamente qualificata come *lectio magistralis* (1); e lo ha fatto con gesto davvero amichevole, sapendomi assai ricolmo di impegni conseguenti alla Presidenza della Corte. Pur ringraziandolo di gran cuore, io vorrei però tranquillizzare i notai che mi ascoltano numerosissimi e che sono qui venuti con il lodevole tentativo di avere dai docenti del nostro Incontro un contributo per una più affinata coscienza critica della propria professionalità.

A tal fine, è, tuttavia, indubbiamente necessario avviare la riflessione da una pur sommaria analisi dei caratteri dell'attuale tempo giuridico, il pos-moderno, ma soltanto perché è in questo tempo che il notaio riprende la vivacità incisiva di un ruolo eminen-

(*) Relazione introduttiva tenuta il 9 novembre 2017, in seno al Convegno di studio su 'La funzione notarile oggi e domani', organizzato in Roma dalla 'Fondazione italiana del notariato'.

(1) Nel programma, infatti, il titolo risulta privo del sotto-titolo, da me inserito solo per la redazione scritta.

temente dinamico. Sia, dunque, chiaro fin da ora che la messa a fuoco, alla quale voglio giungere, concerne l'attuale notaio come *inventore* e *interprete* ⁽²⁾. Si darà, in seguito, un contenuto più preciso a queste nozioni, alla prima, così cariche di ambiguità.

2. *Qualche opportuna notazione sulla nostra Costituzione: è l'ultima delle moderne 'carte dei diritti'?*

Comincerei da una affermazione, che a qualche uditore parrà volutamente provocatoria o, almeno, paradossale: oggi, a settanta anni dalla sua promulgazione, non abbiamo ancora preso sufficientemente atto della incidenza della fonte/Costituzione sull'assetto dell'ordinamento giuridico positivo della Repubblica; con l'aggiunta, apparentemente maliziosa ma — al contrario — semplicemente veridica: non abbiamo voluto prenderne atto.

La maggioranza dei giuristi italiani, sia teorici che pratici, rimane ancora incantata dalle remote sirene illuministico-giacobine e mantiene ferma di fronte alla Costituzione del 1948 la visione che illuministi e giacobini ebbero delle 'carte dei diritti' settecentesche: nobilissime proposizioni di indole filosofico-politica fornitrici ai legislatori statali, cioè ai monopolizzatori della produzione del diritto secondo il progetto giacobino, di un disegno teorico meritevole di essere tradotto (da loro ed esclusivamente da loro) in una concreta disciplina giuridica.

Insomma, la Costituzione italiana quale ultima 'carta dei diritti'. Secondo questa decrepita visione, si avrebbe ancora nel 1948 un nuovo 'decalogo', un nuovo 'catechismo', per usare due termini riduttivi che Santi Romano aveva polemicamente affibbiato alle vecchie 'carte' giusnaturalistiche. Queste erano, però, genuine espressioni della civiltà borghese emersa dominante nell'Europa continentale dal colossale travaglio della rivoluzione francese, paga di affermazioni astratte e paga soprattutto di lasciarle astratte perché

⁽²⁾ Preme di chiarire subito al lettore che qui il sostantivo 'inventore' (così come l'altro sostantivo 'invenzione', che sarà usato nel prosieguo) riceve il suo significativo contenuto dai termini latini *invenire/inventio*, che fanno riferimento a un cercare per trovare e non dai comuni vocaboli italiani *inventore* e *invenzione* che fanno invece riferimento a un qualcosa di creativo.

sostanzialmente tesa a mantenere intatto un ordine economico percorso da pesanti discriminazioni e, pertanto, ripartito in ricchi e poveri ⁽³⁾.

A differenza della prima fase costituzionalistica, quella novecentesca inaugurata a Weimar nel 1919 e rispecchiante realtà politico-sociali autenticamente democratiche e autenticamente plurali ⁽⁴⁾, si propone invece di cancellare l'elitarismo economico imperante nella civiltà borghese, e lo fa impegnandosi a tessere una trama intrinsecamente giuridica per una società colta nella sua concretezza storica, dove protagonista è ogni cittadino senza esclusioni, peraltro osservato nella sua esistenza quotidiana gremita di fatti positivi e negativi ⁽⁵⁾. Ed è per questo che io ho spesso affermato — credo correttamente — che la novità delle Costituzioni novecentesche — la nostra, per esempio — è di rappresentare il breviario giuridico del cittadino qualunque; le nuove Costituzioni si riferiscono a lui, parlano di lui e vogliono fornirgli concrete garanzie per il miglioramento delle sue condizioni di vita e quindi per la sua dignità ⁽⁶⁾.

3. *Sul carattere pos-moderno della nostra Costituzione.*

Tutto ciò poté essere conseguito perché i nostri Padri Costituenti, nel loro riuscito tentativo di dare solidi fondamenti al nuovo ordine che erano chiamati a costruire, avendo ancora davanti agli

⁽³⁾ Il che veniva realizzato limitando nelle elezioni politiche l'accesso al voto soltanto ai titolari di un determinato reddito. Si trattava, insomma, di una democrazia imperfetta, perché si riduceva a un elitarismo certamente non più cetuale (come nell'antico regime pre-rivoluzionario) ma squisitamente economico.

⁽⁴⁾ Plurali perché effettivamente rispecchianti la intera pluralità dei cittadini, nessuno escluso (per maggiori precisazioni rinvio a una mia recente riflessione: *La Costituzione italiana quale espressione di una società plurale*, in «Nuova Antologia», gennaio/marzo 2017 (vol. 618, fasc. 2281).

⁽⁵⁾ Sulla profonda differenziazione tra 'carte' giusnaturalistiche e 'costituzioni' novecentesche, cfr. P. GROSSI, *La legalità costituzionale nella storia della legalità moderna e pos-moderna* e *La legalità costituzionale nella storia del diritto moderno*, ora in *L'invenzione del diritto*, Roma/Bari, Laterza, 2017.

⁽⁶⁾ Ne ho trattato distesamente in: P. GROSSI, *La Costituzione italiana quale espressione di un tempo giuridico pos-moderno*, ora in *L'invenzione del diritto*, cit., p. 39 e ss.

occhi, in Italia, l'immagine perversa dell'aggressivo Stato autoritario, si dettero a leggere nelle radici profonde della società, ben oltre ogni strato potestativo, sì da poter disegnare un edificio socio-giuridico che avesse a base il sostrato valoriale riaffermato spontaneamente dalla coscienza collettiva in quei primi anni — 1943/1946 — di vera libertà politica, di speranze, di prefigurazioni di un futuro diverso. E fu proprio grazie a questo sguardo libero da prevenzioni che apparve nitidissima la fondazione prima: il primato della persona rispetto allo Stato, primato della sua dignità e dei diritti che la presidiano (7).

Nei 'principii' e nella 'parte prima' della nuova Carta veniva espresso un ordine giuridico, radicale perché espressione delle radici più profonde di una comunità, ma altresì plurale, perché non era più lo specchio di un potere, bensì della complessità della società sorpresa nella sua compiuta pluralità di ricchi e di poveri, di potenti e di inermi. Il vecchio statalismo — che non si era incarnato soltanto nella aberrante dittatura fascista ma che aveva avuto una precisa concretizzazione già prima nello Stato liberal/borghese (assai approssimativamente chiamato 'di diritto' (8)) — cedeva il passo a uno Stato sociale tendente a valorizzare la naturale complessità del sociale.

Il passato statalismo, in conseguenza del suo assetto potestativo, si era necessariamente tradotto in legalismo, e questo legalismo si era altrettanto necessariamente rannicchiato in un angusto formalismo. E il diritto veniva ad essere anchilosato nella diretta ed esclusiva filiazione dallo Stato, ormai elevato trionfalmente al trono di suo unico produttore.

Dunque, soffocante monismo giuridico, con un legame necessario fra produzione giuridica e titolare del supremo potere politico. Era chiara la opzione riduzionistica, era chiara la forzosità di un

(7) Secondo una impostazione che i *Patres* trovavano già nitidamente segnata nella Relazione introduttiva di Giorgio La Pira ai lavori della Prima Sotto-commissione nell'ambito della Commissione dei Settantacinque e che costituì una sorta di bussola orientativa. Sullo svolgimento dei lavori e soprattutto per l'istruttivo dibattito rinvio a quanto ne ho scritto nel saggio citato alla nota precedente.

(8) Proprio perché si trattava pur sempre di uno Stato che si riduceva semplicemente ad auto-limitarsi.

artificio che aveva — volutamente — rattrappito la libera espansione della dimensione giuridica; ed era chiaro anche il nesso con il suo carattere strategico per una civiltà, borghese fin nelle sue midolla perché incentrata sulla tutela dell'avere e dell'abbiente.

Un recupero per il diritto — intendendo per recupero la possibilità di riacquistare una complessità giuridica corrispondente alla complessità sociale — si potrà avere solo col tempo post-moderno e la riscoperta di un compiuto pluralismo, pluralismo sociale, pluralismo giuridico. L'itinerario del secolo nuovo può, infatti, essere compendiato in una formuletta spicciativa, che ritenevo didatticamente efficace per gli studenti durante il mio felice insegnamento fiorentino di parecchi anni fa: sempre più società, sempre meno Stato; con una società che riaffermava il suo protagonismo, rifiutando i riduzionismi moderni e pretendendo di essere ascoltata nella molteplicità delle sue voci.

4. *Sul pluralismo giuridico di questo nostro tempo post-moderno.*

Tiriamo le fila della trama precedente per avvicinarci alla messa a fuoco che ci interessa.

Per il giurista il pluralismo si concretizza soprattutto in un rinnovato assetto delle fonti del diritto e significa pluralismo di fonti. Non il pluralismo meramente nominale attuato nella modernità, quando il rigido assetto gerarchico isteriliva tutte le fonti collocate in gradini inferiori al primo riservato esclusivamente alla legge, bensì una pluralità di fonti ciascuna delle quali è in rapporto di interrelazione con le altre; dove il paesaggio giuridico segnala più una *rete* che una scansione gerarchica, giacché tutte sono ugualmente impegnate in una attività di ricerca, di scoperta, di *invenzione* ⁽⁹⁾.

Il modello fornito settanta anni fa dalla attività intellettuale dei Padri Costituenti diventa il criterio fondamentale per legislatori, dottrinarii, giudici, notai, avvocati: *invenzione* in quella dimensione costituzionale solo parzialmente espressa, nella quale si consolidano i valori della nuova convivenza e dalla quale si possono trarre principii disciplinatori dell'ordine giuridico. Cercare, trovare, leg-

⁽⁹⁾ Sul significato che si dà in queste pagine al vocabolo 'invenzione', si tengano presenti le dilucidazioni fornite più sopra alla nota 3.

gere: in questo atteggiamento prevalentemente cognitivo, in questa formidabile attività *inventiva*, è racchiuso il ‘segreto’ di un diritto autenticamente democratico, che si presenta soprattutto come interpretazione e dove i suoi facitori sono degli interpreti. Interpreti abbiám detto: non degli esegeti di un testo autoritario con l’unica risorsa delle proprie capacità logico-deduttive, bensì come degli *inventori*. Quei valori erano originariamente giuridici, ma attendevano di essere intuiti e identificati, nonché di essere tecnicamente definiti, oltre che dai legislatori, dai giuristi, dai depositarii di quella scienza straordinariamente ordinante che gli antichi romani, più di duemila anni fa, avevano avuto l’inestimabile merito di definire e sistemare per primi.

Ed è proprio qui che si coglie il più significativo tratto identitario di un tempo giuridico pos-moderno: lo spostamento dell’asse portante dell’ordinamento dalla *legge* alla *interpretazione*. Ed è proprio qui che si può misurare quanto le formalmente vigenti disposizioni preliminari al Codice Civile del 1942 siano in dissonanza con le linee portanti dell’ordine giuridico disegnato dalla Costituzione. Largamente novellate (e, quindi, opportunamente adeguate) per quanto attiene a terreni vitali (il diritto internazionale privato, per esempio), sono rimaste intatte laddove si parla delle fonti e dell’interpretazione; e non v’è stato nemmeno uno dei tanti giuristi (cosiddetti progressisti) a chiederne la cancellazione quali residui di una concezione autoritaria in perfetta consonanza con i postulati del regime fascista. Si pensi, infatti, a come vengono intesi l’ordinamento giuridico e l’interpretazione: il primo coincide con il complesso legislativo statale; la seconda è null’altro che una esegesi, offrendo all’esegeta quale massima estensione del suo raggio di azione i soli ‘principii’ voluti e manifestati dallo Stato ⁽¹⁰⁾.

Tutto deve nascere, svolgersi, compiersi entro i muri invalicabili eretti dal grande burattinaio a controllo della intiera dimensione giuridica; tutto il diritto è *creatura* dello Stato. È questo un paesaggio antistorico, però ancora carissimo a parecchi civilisti, giacché, a loro avviso, turbato o sconvolto che esso sia, si turba o si sconvolge

(10) Lo si ricava agevolmente dai primi nove articoli relativi alle ‘fonti del diritto’ e dall’articolo 12 relativo alla ‘interpretazione della legge’.

l'intero ordine giuridico, con la conseguenza addirittura catastrofica di una 'Eclissi del diritto civile' (11).

5. 'Eclissi del diritto civile'?

Secondo questa pessimistica valutazione una sola devastante piaga ha messo in crisi la saldezza del vecchio edificio civilistico, ed è l'evento profondamente nuovo e scalzante della Costituzione pos-moderna, la nostra per esempio. Non già quella sostanzialmente innocua della civiltà moderna (una delle tante carte dei diritti sette/ottocentesche, per esempio), quando « i punti di vista radicati nella Costituzione [erano] concepiti originariamente in esclusiva funzione di orientamento del legislatore » (12), bensì quella (come la nostra) che è intrinsecamente e *ab origine* giuridica e che il giudice può direttamente applicare per la risoluzione dei casi a lui sottoposti. Dando vita, in tal modo, a un devastante tumore entro il sano organismo ferreamente governato da una rigida gerarchia delle fonti e, perciò, in grado di offrire al cittadino il bene supremo della chiarezza e certezza delle regole. Si verificherebbe, insomma, qui « una mutazione genetica della giurisdizione » consistente nella circostanza che essa « si mette in presa diretta con la Costituzione » (13) snaturandosi completamente e snaturando l'armonico sistema, chiaro e certo, del legalismo statalistico moderno.

Mutazione genetica! Ma bastava dare uno sguardo al ruolo che giuristi teorici e pratici hanno avuto nell'antica Roma, nel diritto comune medievale e nel *common law* di sempre per arrivare a una conclusione esattamente opposta, e cioè che essi hanno oggi semplicemente ritrovato e recuperato la loro autentica natura (di essere interpreti e non soltanto esegeti), alterata pesantemente e snaturata (questo sì!) dalle strategie della civiltà giuridica borghese definitivamente consolidatasi grazie alla rivoluzione francese.

Ohimè! Uno studio storico e comparatistico del diritto avrebbe potuto preservare da affermazioni parecchio avventate. E se

(11) In tal senso è un volume assai recente: C. CASTRONOVO, *L'eclissi del diritto civile*, Milano, Giuffrè, 2015.

(12) *Ivi*, p. 29.

(13) *Ibidem*.

non si fosse voluto guardare *extra moenia*, sarebbe bastato rileggersi quel salvifico monito che un nostro grande ‘codificatore’ ma innanzi tutto giurista dagli occhi lungimiranti, Filippo Vassalli, volle lanciare nel 1951, nell’occasione della sua visita alla Università argentina di Cordoba: ‘Estrastatualità del diritto civile’⁽¹⁴⁾. Una estrastatualità connaturale al diritto civile e resa robusta da duemila anni di esperienza, smentita solo a fine Settecento dalla strategia della classe borghese, ormai egemone e tutta protesa a controllare con particolare zelo una ‘ragion civile’ da ridurre in articoli di un Codice. Vassalli, che, contemporaneamente e sempre in Argentina, redigeva quasi autobiograficamente lo « Esame di coscienza di un giurista europeo », parlando da europeo ma pensando a un futuro diritto civile universale, coglieva nei legislatori nazionali un ostacolo nel cammino verso l’universalità e, al contrario, un enorme ausilio nei giuristi, il cui sguardo non poteva che tendere a valicare confini e a rompere chiusure di indole basso-politica⁽¹⁵⁾.

6. *Tempo giuridico pos-moderno: tempo di inventori/interpreti.*

Che oggi siamo sempre più distanti dalle sistemazioni di ieri, armoniche coerenti compatte, spesso riposate in codificazioni pensate come durevoli nei tempi lunghi, è un dato di comune acquisizione; come è irrefutabile che la produzione giuridica in Italia, ma ugualmente in tutti i paesi di *civil law*, ancorata com’è al monopolio della legge, abbia visto assai incrinato il paradigma della certezza. Abbiamo però il dovere di domandarcene le ragioni, bastando a questo scopo che si dia una osservazione anche rapida al tessuto dell’esperienza, percorsa — come non mai — da un movimento e mutamento tanto rapidi quando intensi.

E sono proprio movimento e mutamento che l’ogorano le costruzioni troppo rigide, che vanificano gli eccessivi dettagli. La legislazione, sia che abbia come obiettivo la fissazione di un Codice, sia che disciplini con atti speciali situazioni particolari, ha la rigidità connaturale a ogni comando. E oggi è proprio in crisi il carattere potestativo del diritto, il suo essere autorità per essere

⁽¹⁴⁾ Ora in F. VASSALLI, *Studi giuridici*, vol. III, t. II, Milano, Giuffrè, 1960.

⁽¹⁵⁾ *Ibidem*.

espressione di un potere. A fronte di questo logorarsi della dimensione legislativa, il salvataggio si incarna nella interpretazione, ed è naturale che l'esperienza affidi ad essa un adeguamento efficace dell'ordine giuridico. Ovviamente, la semplicità cede alla complessità, e la complessità genera un paesaggio giuridico indubbiamente complicato. Sarebbe, però, antistorico pensare al ritorno di un diritto civile italiano a impronta legislativa; sarebbe prontamente smentito dall'attuale contesto socio/economico/politico.

Del resto, non ci si può sottrarre oggi a contemplare atteggiamenti abdicativi provenienti dallo stesso apparato statale, in un crescente affiorare della consapevolezza delle proprie incapacità. È del 2010 un esempio eloquente e, a causa della sua rilevanza, emblematico: il 'Codice del processo amministrativo'. Nulla a che vedere con i vecchi Codici propensi a offrire dettagliatissime previsioni; piuttosto, una offerta di 'principii', con l'implicito proposito di lasciare agli interpreti un ruolo estremamente attivo, determinante.

7. *Pluralismo giuridico, pluralizzazione e de-tipicizzazione delle fonti del diritto.*

Positività del diritto, oggi, non può — dopo il 1 gennaio 1948 — coincidere con *statualità*. Lo Stato non esaurisce la giuridicità, che trova la sua nicchia congeniale nel più comprensivo contesto della Repubblica. Una Repubblica, che agli occhi disincantati del giurista non può non apparire come una ricca pluralità di ordinamenti giuridici, ciascuno dei quali, *ab origine* intrinsecamente giuridico, è tenuto — ai fini del riconoscimento — al rispetto di quei valori basilari che assumono, testualmente, la sagoma dei 'principii fondamentali' e della 'prima parte' della Carta; ciascuno dei quali è tenuto a intridersi di quei valori, perché *costituiscono* il perno della rinnovata convivenza repubblicana (oh, l'espressività del verbo *constituire!*).

A questo proposito, in contrasto alla fosca e accorata contemplazione del presente espressa intensamente nel volume di Carlo Castronovo sopra menzionato, non si può non salutare con sincero apprezzamento chi guarda al presente con una aperta disponibilità a comprendere senza prevenzioni il senso di un itinerario in atto, distanziandosi dalle « inibizioni e ritrosie della civilistica, che indu-

cevano a vedere nel dettato costituzionale (soltanto) un ‘programma’ di politica del diritto, privo di immediata precettività»⁽¹⁶⁾ e salutando con favore la odierna ‘stagione del disgelo costituzionale’ pienamente vissuta ormai anche a livello scientifico.

Entro gli inderogabili limiti prima accennati si staglia netto, tra i molti, l’ordinamento giuridico rappresentato dalla autonomia privata (il diritto dei privati, per riprendere la azzeccata intitolazione di un saggio celebre di Cesarini Sforza⁽¹⁷⁾); e prende rilievo il notaio, il soggetto che, più di ogni altro, è chiamato a dare un volto, tecnicamente adeguato sotto il profilo giuridico, all’assetto di interessi che i privati progettano e intendono realizzare nella dinamica della loro esistenza e che, in quanto espressione della loro autonomia, ha il carattere della effettività e il presidio della osservanza. Se ci si guarda un po’ attorno senza prevenzioni, non ci resta, infatti, che deporre, secondo l’invito di un valente magistrato, « una visione idilliaca molto distante dalla realtà »⁽¹⁸⁾ e constatare in basso (per così dire) una laboriosa officina in azione, bene espressiva della complessità giuridica nelle sue diversissime manifestazioni.

Lo storico del diritto conosce perfettamente il ruolo inventivo che hanno avuto i notai per fornire all’esperienza giuridica medievale e pos-medievale quella ricca messe di contratti agrarii e commerciali ignoti al troppo remoto *Corpus iuris* giustiniano ma necessari a ordinare le novissime esigenze dell’agricoltura e del commercio. Circostanze che si ripetono oggi quando il movimento/mutamento (cui si accennava prima) rende l’apparato legislativo inadatto (per lentezza, indifferenza, sordità) a una pronta corrispondenza e quando, implicitamente, nell’urgenza di colmare un vuoto, si identifica nel notaio, accanto al giudice e al *doctor iuris*, un provvidenziale *inventore*.

⁽¹⁶⁾ F. MACARIO, *Autonomia privata (profili costituzionali)*, in *Enciclopedia del diritto — Annali*, vol. VIII, Milano, Giuffrè, 2012, p. 65.

⁽¹⁷⁾ Il riferimento, come sa ogni giurista, è a: *Il diritto dei privati*, saggio pubblicato dal filosofo del diritto Widar Cesarini Sforza nel 1929 (ora: Giuffrè, Milano, 1963).

⁽¹⁸⁾ Che è idilliaca perché oggi non è riproponibile quanto poteva valere per il paesaggio giuridico di ieri ridotto ad una estrema semplicità. La citazione è tratta da un puntualissimo intervento di Fabrizio Di MARZIO, *Sulla prassi notarile*, in *GiustiziaCivile.com* del 24 febbraio 2017.

A questo punto, prima di mettere a fuoco le nostre conclusioni sul ruolo della prassi notarile in Italia, mi piace di fare espresso riferimento a quanto scrive, recentissimamente, una delle presenze più vigili e più culturalmente consapevoli della odierna civilistica, Umberto Breccia. Chiamato a riflettere sul magistero straordinario e solitario di Salvatore Romano, un civilista totalmente impegnato a disegnare un diritto civile ripensato in chiave pluri-ordinamentale secondo l'insegnamento paterno ⁽¹⁹⁾, Breccia, lasciandosi ben volentieri alle spalle « la logica monistica della fattispecie » ⁽²⁰⁾, si fa portatore anche in ambito civilistico di « una nuova percezione della giuridicità quale costante movimento funzionale » ⁽²¹⁾, nonché « del radicarsi del diritto privato nella costituzione, da intendere quale trama di principii giuridici che traggono la loro forza e la loro vitalità non già dal fatto di provenire da un vertice autoritativo e sovrano, ma da un assetto organizzativo complesso » ⁽²²⁾. Si arriva così a concepire l'*autonomia privata* come « un ordinamento, il cui riconoscimento primo [...] è di natura costituzionale », disegnato con fermezza già in quell'articolo 1372 del Codice dove la dizione 'forza di legge tra le parti' « non è una disposizione enfatica », bensì la descrizione fedele di una realtà autenticamente ordinamentale ⁽²³⁾.

8. *L'odierno notaio quale partecipa allo sviluppo dell'ordinamento giuridico.*

Tenendo dietro alla indole imbutiforme da me voluta per questa Relazione e funzionale al suo carattere di introduzione ai lavori congressuali, io comincerei a condensare il sugo dei *generalia* fin qui annotati ripetendo quanto affermai conclusivamente nel Convegno fiorentino del 2015 relativo all'impronta notarile nel campo — civilisticamente gelosissimo — delle situazioni reali: « il

⁽¹⁹⁾ Salvatore Romano era, infatti, figlio di Santi Romano, cui si devono le innovative proposte contenute nel libretto del 1918: 'L'ordinamento giuridico'.

⁽²⁰⁾ U. BRECCIA, *Il pensiero di Salvatore Romano*, in *Salvatore Romano*, a cura di G. Furgiuele, Napoli, E.S.I., 2015, p. 5.

⁽²¹⁾ Ivi, p. 9.

⁽²²⁾ Ivi, p. 10.

⁽²³⁾ Ivi, p. 12.

pluralismo giuridico, che è secondo me la più rilevante conquista della civiltà novecentesca nell'Europa continentale, ha pluralizzato le fonti, le ha addirittura de-tipicizzate. Il diritto privato si attende, ormai, dal notaio, così come dal giudice e dall'uomo di scienza...un contributo non minimo. Il giurista, ogni giurista, è coinvolto in una avventura costruttiva » (24). E — correttamente, io credo — si insegna, da voci dottrinali così come da giudici, la « funzione promozionale della prassi notarile » « concorrendo così all'evoluzione del sistema giuridico » (25), nonché « l'essenzialità della prassi notarile nel caotico mondo giuridico della contemporaneità » (26).

Già nel Convegno fiorentino emerse nitidamente il ruolo attivo del notaio nel vanificarsi del dogma della tipicità dei diritti reali, nel crescente profilarsi di situazioni ambiformi pescanti (allo stesso tempo) nel campo delle situazioni personali e reali (come le obbligazioni *propter rem*), nonché dello sforzo per arrivare a forme di proprietà 'funzionalizzata' e 'destinata' (27). E parlai allora (ma ripeto ora) di « conii elaborati nelle fertili officine del notaio italiano » e di « avventura costruttiva » (28).

È, questa, una constatazione che, con un orgoglio assai composto, ribadisce oggi Massimo Palazzo, organizzatore lungimirante dell'odierno Convegno, notaio che guarda al tempo pos-moderno con occhi realistici, però sempre con il presidio di una ampia cultura giuridica e di una forte capacità teoretica. Egli parla, infatti, con immagine a me graditissima, di un notaio *inventore*; ed esemplifica in tema di permuta e di *servitus altius non tollendi*, nonché, in campo commercialistico, su temi di diritto societario (29).

(24) P. GROSSI, *Conclusioni*, in *Il contributo della prassi notarile alla evoluzione della disciplina delle situazioni reali* — Atti del Convegno — Firenze, 8 maggio 2015, Milano, Gruppo24ore, 2015, p. 183.

(25) R. LENZI, *La funzione notarile come fattore ordinante*, in *Salvatore Romano*, cit., pp. 401 e 407.

(26) DI MARZIO, *Sulla prassi notarile*, cit., p. 7.

(27) Si vedano, in seno a quel Convegno, soprattutto le Relazioni di Antonio Gambaro, Michele Graziadei, Chiara Tenella Sillani, Gaetano Petrelli e Giuseppe Trapani.

(28) GROSSI, *Conclusioni*, cit., p. 183.

(29) M. PALAZZO, *Il ruolo dell'argomentazione negli atti notarili*, in « Giustizia Civile », 2017, 3, soprattutto pp. 785-787.

Terminerei con un solo accenno specifico, e riguarda il tema/problema, arduo e accanitamente discusso, della utilizzazione dello schema tecnico del *Trust* all'interno del nostro ordinamento positivo ancora ben radicato nell'area di *civil law*. Malgrado questa radicazione è, infatti, palese — ormai da parecchio tempo — il tentativo di valorizzare quello schema, per tanti versi alieno dalle nostre sistemazioni civilistiche e anche dalla stessa 'fiducia' di stampo romanistico. Ciò per parecchie ragioni: per corrispondere alle trasformazioni decisamente strutturali dell'attuale nostro diritto patrimoniale, ma soprattutto perché il *Trust* rappresenta la possibilità concreta per i privati di dare soluzione, nell'ambito della loro autonomia, al problema di costituire un patrimonio autonomo, separato e avente specifiche destinazioni; il tutto con un costo assolutamente più tenue del ricorrere a concretizzazioni societarie. Ebbene, si deve riconoscere che, in Italia, prima e dopo la Convenzione de L'Aja del 1985 e della nostra legge di ratifica dell'89 sul riconoscimento degli effetti dei *Trusts*, a fronte della sordità della dottrina e delle scarse applicazioni dell'articolo 2645-ter c.c., la prassi notarile, in sintonia con quella giurisprudenziale, ha avuto una notevole attenzione per gli enormi effetti pratici del nuovo schema, impegnandosi in un fattivo (e riuscito) tentativo di assimilazione.

A chiusura, non ho di meglio che dar la parola a chi ne sa più di me e che ha scritto appena ieri una frase riepilogativa che pienamente condivido: « il notaio contemporaneo trova, dunque, il *quid proprium* della sua attività nella partecipazione alla costruzione del diritto vivente, che oggi appare solo in minima parte lasciato alle norme di fonte legale » ⁽³⁰⁾.

⁽³⁰⁾ Ivi, p. 789.

Figure dell'esperienza

GIOVANNI ROSSI

« ULTIMO SUPPLITTO PUNIRI »:
LA CONDANNA DELLA MOGLIE OMICIDA
IN UN *CONSILIUM* DI BARTOLOMEO CIPOLLA (*)

1. Giustizia penale di diritto comune e identità di genere: un incontro possibile? — 2. Il *consilium*: elemento di congiunzione tra prassi e scienza di diritto comune. — 3. « Iste casus est... multum dubitabilis ». — 4. Il bando: presupposti e fenomenologia di un istituto multiforme. — 5. Il nodo dell'interpretazione della norma statutaria: letterale o estensiva? — 6. Diritto naturale *vs* statuto: la prevalenza dei vincoli familiari sulla disciplina del bando. — 7. Non solo teoria: risposte efficaci per un'equa decisione della causa.

1. *Giustizia penale di diritto comune e identità di genere: un incontro possibile?*

L'intento di questo saggio è quello di verificare, attraverso l'analisi di un *consilium* reso da Bartolomeo Cipolla, professore di diritto nello *Studium* di Padova e giurista tra i più rinomati della seconda metà del Quattrocento ⁽¹⁾, se e come la qualità della

(*) Il presente saggio riprende e sviluppa il tema già oggetto della relazione tenuta nel Coloquio Internacional *Procesos con nombre de mujer. La Justicia y los tribunales en la definición de la identidad femenina en la Europa Moderna*, Universidad de Valladolid (Valladolid, 1-2 ottobre 2015).

⁽¹⁾ Dati bio-bibliografici su questo autore sono offerti da O. RUFFINO, *Cipolla, Bartolomeo*, voce del *Dizionario Biografico degli Italiani*, vol. XXV, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1981, pp. 709-713; A. BELLONI, *Professori giuristi a Padova nel secolo XV. Profili bio-bibliografici e cattedre*, Frankfurt am Main, Klostermann, 1986, pp. 153-161; nonché M. CONETTI, *Bartholomaeus Caepolla*, voce del *C.A.L.M.A. Compendium Auctorum Latinorum Medii Aevi (500-1500)*, Vol. I.6, Firenze, Edizioni del Galluzzo, 2003, pp. 705-708; G. MURANO, *Bartolomeo Cipolla*, in *Autographa I.1: Giuristi, giudici e notai (sec. XII-XVI med.)*, a cura di G. Murano con la collaborazione di G. Morelli, Bologna, CLUEB, 2012, pp. 244-248; G. ROSSI, *Cipolla (Caepolla, Cepola, Zevola), Bartolomeo (Bartholomaeus Veronensis)*, voce del *Dizionario biografico dei*

risposta repressiva dell'ordinamento giuridico di fronte a gravi reati di sangue sia influenzata nella prima età moderna dal fatto che il diritto criminale intersechi la condizione femminile; verificare cioè se nello specifico la qualità di moglie rivestita dall'autrice del reato (nella concreta fattispecie di cui ci occuperemo un reato particolarmente grave, trattandosi dell'avvelenamento del marito, conseguenza ultima di un adulterio) incida in qualche modo sull'interpretazione ed applicazione delle norme vigenti e se si riscontrino quindi variazioni nel trattamento del reo dovute al sesso del soggetto che delinque (e, specularmente, della sua vittima). Di fronte alla commissione del crimine da parte di una donna, per di più entro il perimetro della famiglia, sorge infatti il quesito per lo storico del diritto — senza per questo voler anacronisticamente attribuire ad età passate una sensibilità tipicamente contemporanea — se il crimine venga punito tenendo conto di tale elemento di genere, in modo da assumerlo come rilevante quanto meno per la determinazione della pena, se non per la stessa configurazione del reato.

Vedremo che la circostanza della commissione del crimine in un contesto endofamiliare risulterà prevalente su ogni altra considerazione e produrrà un inasprimento della reazione repressiva dell'ordinamento, cosicché il riferimento all'elemento muliebre in sé sembra passare in secondo piano e certamente non conduce ad una mitigazione della pena a vantaggio della donna. Per altro verso il richiamo al reato archetipico di parricidio ⁽²⁾, sotto cui sussumere tutte indistintamente le ipotesi di uccisione di parenti stretti ed anche del coniuge, sembra in verità escludere una diversità di trattamento basata sul genere dei protagonisti; in ogni modo, l'atto delittuoso appare talmente grave da indurre addirittura a rendere inapplicabile l'usuale e consolidata disciplina del bando, istituto cardine della giustizia criminale di diritto comune, e da invocare per

giuristi italiani, diretto da I. Birocchi, E. Cortese, A. Mattone, M.N. Miletta, Bologna, il Mulino, 2013, pp. 547-549.

(2) Basti qui rinviare in tema a Y. THOMAS, *Parricidium. I. Le père, la famille et la cité (La lex Pompeia et le système des poursuites publiques)*, in « Mélanges de l'École française de Rome. Antiquité », 93 (1981), 2, pp. 643-715, con ampi riferimenti bibliografici alla letteratura precedente.

la colpevole il massimo rigore e dunque la pena di morte, sulla base della violazione delle regole del diritto naturale, che presiedono appunto ai rapporti personali nel matrimonio ed entro la comunità familiare.

Oltre a tale aspetto, l'interesse del caso considerato risiede poi nella restituzione fedele dell'articolata dialettica tra le diverse fonti operanti nel sistema di diritto comune che si ricava dal parere del Cipolla: in esso diritto statutario territoriale locale, diritto consuetudinario, diritto naturale e in misura minore diritto romano (in considerazione del fatto che il *consilium* verte sul diritto penale, cui notoriamente le compilazioni giustinianee riservano uno spazio assai ridotto) sono componenti che svolgono tutte un ruolo importante nella configurazione del diritto vigente, entro una realtà complessa e pluralistica al massimo grado; per questo la dottrina giuridica emerge infine come la vera artefice dei contenuti e della concreta configurazione del sistema della giustizia penale, sia sul versante sostanziale che su quello processuale, dosando il ricorso a ciascuno di questi elementi e consentendo loro di interagire con gli altri; la soluzione del concreto problema interpretativo che si presenta al giudice trae quindi materia utile dalla messa a fuoco dei contenuti ricavabili dalle diverse fonti, ma postula infine la capacità (ed ancor prima: la possibilità teorica e pratica) di porle realmente in connessione per ricavarne prescrizioni univoche e per quanto possibile coerenti. Per questo il giurista assume un ruolo centrale ed insostituibile, perché si accredita come l'unico soggetto capace di far interagire corpi normativi autonomi ed all'apparenza irriducibilmente estranei tra loro, in virtù della sua capacità di lavorare su più piani e di passare senza difficoltà dalla enucleazione di principi generali alla elaborazione di regole di dettaglio (e viceversa), dando un senso compiuto agli uni e alle altre, senza perdersi nell'astrazione fine a sé stessa né limitare il suo orizzonte alla pedissequa applicazione del contingente dato normativo positivo.

Tutto ciò si può agevolmente verificare proprio sviluppando un'analisi ravvicinata della fonte consiliare, condotta con gli appropriati strumenti ermeneutici in possesso dello storico del diritto, in modo da rilevare e valorizzare l'approccio del tutto peculiare alla soluzione dei concreti problemi giuridici tipico di un'epoca che non ha ancora scoperto il dogma della certezza ed uniformità del diritto

e non ha ancora affidato al legalismo formalmente egualitario dell'età dei codici il compito di garantire una giustizia penale veramente efficace ed insieme equa.

L'idea di poter ricorrere alle posizioni dottrinali più convincenti e comunemente accettate per colmare le lacune, porre in relazione dialettica corpi normativi geneticamente e funzionalmente distinti ed autonomi e consentire al sistema di delinarsi concretamente come tale, mantenendo comunque la capacità di evolvere adattandosi al meglio alla prassi è già ben presente ai giuristi trecenteschi (basti leggere i lunghi e densissimi commenti alla *l. Omnes populi* redatti da Bartolo da Sassoferrato e da Baldo degli Ubaldi per verificare il grado di consapevolezza raggiunto su quei temi dalla migliore scienza giuridica del tempo) e ricorre usualmente e senza contestazioni nelle trattazioni degli autori attivi a fine Trecento e lungo il Quattrocento, anche se il concetto di *communis opinio doctorum* che ne discende verrà enucleato (e inizialmente fatto oggetto di dibattito) soltanto in avvio del XVI secolo. In effetti, una linea di marcata continuità lega il maturo XV secolo non solo al secolo precedente, ma altresì a quello successivo (ed oltre, fino alla prima metà del Seicento) sotto il profilo del ruolo spettante ai giuristi nella ricucitura (con un metodo insieme artigianalmente creativo e rigorosamente scientifico) di un sistema coeso e funzionante a partire da fonti e ordinamenti plurimi. Allo stesso modo i metodi di lavoro impiegati mutano e si aggiornano restando però entro un quadro di sostanziale continuità⁽³⁾, come si può verificare seguendo la storia (solo apparentemente estrinseca) dei generi letterari più diffusi presso i giuristi: trattati, raccolte di *quaestiones*, *consilia* sono già nel Quattrocento e resteranno ancora a lungo gli

⁽³⁾ Naturalmente questa rappresentazione, centrata su quello che sarà poi denominato *mos italicus*, allargando appena un poco lo sguardo, deve tener conto della novità rappresentata dal cultismo, movimento rinnovatore della *scientia iuris* medievale di enorme significato sviluppatosi però in tutte le sue potenzialità soltanto nel pieno Cinquecento e soprattutto in Francia, con un'influenza rimasta a lungo relativamente circoscritta sull'insegnamento del diritto impartito nelle università italiane ed ancor più sul mondo della prassi nella Penisola.

strumenti più efficaci per rendere effettiva la necessaria interazione tra teoria e prassi (4).

In questa cornice i *consilia criminalia* di Bartolomeo Cipolla possono essere impiegati come fonte privilegiata d'informazioni sulla giustizia penale di una lunga stagione della storia europea, che unisce tardo Medioevo e Modernità incipiente, nella quale lentamente si mettono a punto gli strumenti concettuali per elaborare scientificamente i temi giuspenalistici, tenendo presente che quel convenzionale spartiacque temporale perde molta della sua nettezza ed importanza quando ci si addentra nel mondo del diritto comune, decisamente calibrato su una diversa scansione cronologica e non fondato sulla contrapposizione, per altri versi così significativa, tra Medioevo e Modernità (5). Ricordiamo infatti che, non a caso, quei *consilia* restano sul tavolo di lavoro dei giuristi pratici dei secoli successivi (6) e costituiscono un tassello importante di quel grande mosaico che la scienza giuridica delinea e progressivamente arricchisce di concerto con la giurisprudenza pratica dei grandi tribunali per formare un compiuto quadro normativo, di cui la prassi ha assoluto bisogno e che consuetudini leggi e statuti non sono stati neanche lontanamente in grado di produrre (7).

(4) Utile il quadro dei generi letterari offerto in M.G. DI RENZO VILLATA, *Tra consilia, decisiones e tractatus... Le vie della conoscenza giuridica nell'età moderna*, in « Rivista di Storia del Diritto Italiano », LXXXI (2008), pp. 15-76.

(5) In verità, la scansione tra età di mezzo e modernità, usuale per gli studiosi di storia politica e sociale, assume per la storia del diritto una rilevanza ridotta e talora del tutto fuorviante, poiché il diritto comune supera di gran lunga i limiti del Medioevo e resta vigente e vitale (anche se proprio per questo non cessa di modificarsi ed evolvere) ancora per secoli in buona parte d'Europa.

(6) Non diversamente da altre opere del Cipolla, ricche di dottrina ma rivolte precipuamente alla prassi e proprio per queste caratteristiche capaci di ottenere un successo amplissimo e duraturo: si pensi ai celeberrimi *Tractatus de servitutibus urbanorum praediorum* e *de servitutibus rusticorum praediorum* ovvero alle fortunate *Cautelae*: per un quadro d'insieme approfondito e aggiornato sulla produzione del Nostro si vedano i saggi raccolti in *Bartolomeo Cipolla: un giurista veronese del Quattrocento tra cattedra, foro e luoghi del potere*. Atti del Convegno internazionale di studi (Verona, 14-16 ottobre 2004), a cura di G. Rossi, Padova, Cedam, 2009.

(7) Cfr. U. PETRONIO, *Giuristi e giudici tra scoperta e invenzione del diritto in età moderna*, in *Il diritto tra scoperta e creazione. Giudici e giuristi nella storia della giustizia civile*. Atti del Convegno Internazionale della Società Italiana di storia del diritto

2. *Il consilium: elemento di congiunzione tra prassi e scienza di diritto comune.*

La natura particolare della fonte da noi utilizzata consente di giovarci della ricostruzione di un episodio criminoso reale e non fittizio, come tale effettivamente portato davanti alla cognizione di un giudice della Terraferma veneziana in area bresciana nel terzo quarto del XV secolo ⁽⁸⁾ e ci offre insieme la rappresentazione del modo in cui funziona il sistema giuridico di *ius commune* in quell'epoca. Sovrapponendo il nostro sguardo a quello del giurista consulente mentre è all'opera per sciogliere il nodo interpretativo sottopostogli, possiamo osservare da una posizione privilegiata il modo in cui interagiscono, nonostante tutto, norme ed istituti pur oggettivamente posti su livelli diversi e rispondenti a logiche differenti: da un lato le regole dettate dal diritto positivo dell'ordinamento territoriale particolare, cioè dallo *ius proprium* (in concreto lo statuto cittadino e la prassi applicativa delle corti di giustizia locali) e dall'altro le soluzioni messe a punto dalla scienza giuridica di matrice universitaria, irrobustita e affinata attraverso il colossale e plurisecolare lavoro di recupero e libera rielaborazione dei materiali romanistici contenuti nel *Corpus iuris civilis*. Una *scientia iuris* che riveste un ruolo centrale, poiché si dedica a completare, integrare e in tal modo, quando occorre, correggere le disposizioni di statuti e consuetudini, spesso insufficienti perché lacunose e troppo grezze per disciplinare al meglio la discorde moltitudine dei casi offerti dalla prassi.

Ipotizzare di conoscere il diritto penale tardomedievale e moderno soltanto studiando il testo degli statuti sarebbe ingenuo e

(Napoli, 18-20 ottobre 2001), a cura di M.G. Di Renzo Villata, Napoli, Jovene, 2003, pp. 431-462.

⁽⁸⁾ Difficile essere più precisi in base ai dati offerti dal giurista nel *consilium* stesso; del resto la diffusione di raccolte di *consilia* di epoche e luoghi lontani si basa sull'idea che il valore paradigmatico della fattispecie sottoposta alla *interpretatio* del *consiliator* prescindia da una puntuale determinazione delle coordinate temporali e geografiche della causa: il *punctum iuris* e la sua messa a fuoco deve poter interessare in sé e la trattazione tecnica deve essere depurata da informazioni sui fatti della causa derivanti da altre fonti e persino dalla conoscenza dell'identità delle parti, inessenziale per il *consiliator* così come per il lettore del *consilium* che vi cerca unicamente la soluzione di un problema giuridico.

velleitario, così come sarebbe quasi impossibile comprendere appieno la logica sottostante le decisioni della giurisprudenza pratica, senza utilizzare il filo d'Arianna delle teorie svolte dai giuristi, che traggono spunto dalla realtà fattuale e prendono certo le mosse da consuetudini testis statutarie e *stylus curiae*, ma li adattano e di fatto li riscrivono senza posa mediante lo strumento formidabile della *interpretatio* ⁽⁹⁾. Proprio l'interpretazione dei giuristi funge da indispensabile valvola di sfogo per un diritto positivo altrimenti statico e mutevole solo in tempi lunghi (nella sua parte consuetudinaria) ovvero reattivo ai nuovi bisogni ma carente di principi generali ai quali conformarsi (nella componente statutaria): la « rilettura » adeguativa delle norme riesce così a fornire duttilità e plasticità all'ordinamento pur di fronte ad una situazione di straordinaria rarefazione normativa.

Peraltro il meccanismo che presiede all'impiego del *consilium* in giudizio ci mostra esplicitamente che la voce della dottrina gode di un'autorevolezza e quindi di un'efficacia altissime, anzitutto perché dichiaratamente corale: l'opinione del singolo dottore, che pure non perde la sua individualità ed il suo particolare timbro, si integra dialetticamente in quella della corporazione, arricchendola e ricevendone d'altra parte la necessaria legittimazione scientifica ed una esplicita preziosa patente di fondatezza. Per questo i *consilia* sono i primi e migliori recettori e divulgatori di quella che diventerà la *communis opinio doctorum*: la scienza del consulente è tanto più utile e quindi apprezzata e ricercata in tribunale quanto più rifugge l'originalità e si risolve invece nella ripetizione tralatizia della concorde posizione di tutti i migliori giuristi, del presente come del passato, trasformandosi così da libera ricerca in proprio della verità in informata dottrina, vincolata al già detto ed appagata del verosimile. Infine, il meccanismo stesso della richiesta di un parere da offrire all'organo giudicante quale possibile base teorica, raccomandabile *de iure* (*condito*), della soluzione da adottare, garantisce il costante confronto con la prassi e determina la trasformazione alchemica della teoria giuridica — di per sé soltanto autorevole —,

⁽⁹⁾ Sul significato pregnante del termine e sull'importanza centrale dell'attività interpretativa dei giuristi restano illuminanti le pagine di P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 1995, pp. 160-175.

nel suo opposto (o meglio nel suo necessario complemento), cioè nella decisione vincolante e volutamente non motivata del giudice, che fa stato tra le parti e crea nuovo diritto.

Come già notato *supra*, l'impiego di una fonte medievale, collocata però alle soglie dell'età nuova, è pienamente congruente con una indagine sulla giustizia criminale in età moderna. I fattori tipizzanti dell'ultimo periodo dell'esperienza giuridica medievale si ritrovano in gran parte ben addentro a quella che siamo abituati a chiamare epoca moderna, anche se affiancati da elementi che preannunciano e concorrono a costruire un diverso panorama storico e che progressivamente acquistano sempre maggiore spazio. Nel complesso sistema della giustizia criminale, nonostante la comparsa lungo il secolo XVI di interventi legislativi di un certo rilievo (valga per tutti il richiamo della *Constitutio criminalis Carolina*, promulgata dall'imperatore Carlo V nel 1532), il ruolo del legislatore resta ancora a lungo decisamente ridotto se non marginale ed ampiamente bilanciato dal perdurare della vigenza delle vecchie fonti medievali (consuetudini, redatte o meno per iscritto e statuti) fino alla Rivoluzione francese ed all'età dei codici, di modo che la scienza giuridica penalistica rappresenta ancora per secoli il provvidenziale ed indispensabile collante delle varie componenti del sistema ed insieme il motore del cambiamento, secondo lo schema tipico dello *ius commune* che contempla come naturale la compresenza di molteplici fonti e postula la centralità del lavoro ordinante del giurista.

Per altro verso, il grave ritardo nella elaborazione su base scientifica di un adeguato patrimonio di principi giuspenalistici, causato *in primis* dalla scarsità di materiali criminalistici raccolti nel *Digesto*, in conseguenza di un interesse tutto sommato residuale dimostrato dai giureconsulti romani per il diritto penale, determina uno sfasamento temporale notevole rispetto ai tempi di evoluzione della dottrina privatistica ed il protrarsi per secoli del lavoro giurisprudenziale in questo ambito nelle forme e con i metodi d'origine tipicamente medievale già sperimentati in precedenza con successo per il diritto privato.

Non è infatti un caso se Bartolomeo Cipolla scrivendo un certo numero di *consilia* di argomento criminalistico assume in tal modo

quasi le vesti del pioniere ⁽¹⁰⁾, pur lavorando dopo la metà del XV secolo (tanto che la dottrina ch'egli cita contempla assai raramente allegazioni tratte dalla letteratura consiliare, come invece altrimenti usuale), né stupisce che alcuni suoi pareri vengano riuniti in una raccolta specializzata nella materia penalistica ed abbiano varie riedizioni lungo tutto il Cinquecento ⁽¹¹⁾, in segno della nuova (e certo tardiva) attenzione manifestata dai giuristi di cattedra per l'ambito criminalistico e del grande e perdurante interesse dei pratici per questo tipo di testi. Se da un lato gli statuti locali restano in vigore, con pochissimi cambiamenti contenutistici, fino alla caduta dell'Antico Regime, dall'altro i pareri legali specularmente conti-

⁽¹⁰⁾ Sull'interesse manifestato dal Cipolla per il diritto penale, ancora non comune nei giuristi attivi nel pieno XV secolo, fondamentale la messa a punto di M.G. DI RENZO VILLATA, *Bartolomeo Cipolla criminalista. Un itinerario alla ricerca di un sistema*, in *Bartolomeo Cipolla: un giurista veronese del Quattrocento tra cattedra, foro e luoghi del potere*, cit., pp. 1-68, con una prima analisi ravvicinata dei *consilia criminalia*; sugli interessi penalistici del giurista veronese cfr. anche G. ROSSI, *La versatile scienza del giurista quattrocentesco: note di lettura sulla Repetitio in l. Si fugitivi (C.6,1,3) di Bartolomeo Cipolla*, in *Lavorando al cantiere del 'Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII-XX sec.)'*, a cura di M.G. di Renzo Villata, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 97-143.

⁽¹¹⁾ La raccolta dei *Consilia criminalia* data alle stampe, curata dai figli Michele e Leonardo, entrambi a loro volta giuristi, è formata da ottanta pareri che danno conto di alcune delle fattispecie che ricorrono più di frequente davanti al giudice 'del maleficio' nelle città italiane del tardo Medioevo. L'interesse mostrato dai pratici verso tale proposta è dimostrato dalle numerose edizioni a stampa di tali *consilia*, apparse già entro il '400 (Brescia, 1490 e Milano, 1497, Hain nn. 4859 e 4860) e poi seguite lungo tutto il XVI secolo (almeno nel 1525, 1531, 1543, 1555, 1575, tra Venezia e Lione: la lista forse più completa e dettagliata si trova in DI RENZO VILLATA, *Bartolomeo Cipolla criminalista*, cit., pp. 3-4, n. 9). Naturalmente i *consilia* resi dal Nostro furono certo molto più numerosi e non si limitarono al campo del diritto criminale: ne furono infatti editi (comunque con ogni verosimiglianza sempre soltanto una parte assai ridotta del totale) anche 66 di argomento civilistico (*Consilia civilia*: Lione, 1533 e poi Venezia, 1555) ed infine altri 67 (editi a Verona nel 1589 come *Consiliorum sive responsorum liber secundus*), tutti insieme raccolti infine in una edizione complessiva in tre libri (Francoforte, 1599). Il frutto dell'attività consulente del Cipolla non è invece confluito nell'*Opera omnia* pubblicata a Lione nel 1577 e 1578. Inutile sottolineare che una ricerca sistematica nei fondi manoscritti di biblioteche come la Biblioteca Classense di Ravenna, la nazionale Marciana di Venezia e la Civica di Verona, fin qui mai compiuta, potrebbe con ogni verosimiglianza accrescere in modo significativo il numero di *consilia* cipolliani in nostro possesso (cfr. le indicazioni in tal senso contenute nelle voci citate *supra* nella n. 1, nonché in DI RENZO VILLATA, *Bartolomeo Cipolla criminalista*, cit., p. 4, n. 10).

nuano anch'essi per secoli a restare attuali nei loro contenuti e quindi ad essere titoli di riferimento sul fiorentino mercato librario dei testi giuridici, che si arricchisce di sempre nuovi testi dottrinali senza però dismettere quelli ben sperimentati e per niente obsoleti dei secoli precedenti (laddove per il campo penalistico i testi dell'ancora giovane tradizione scientifica, decisamente recenziore, risalgono tutti, salvo isolate eccezioni, soltanto al Quattrocento). I *consilia* del Cipolla mantengono dunque intatta la loro funzione d'inquadramento teorico-pratico con riguardo ad una serie di fattispecie dubbie o problematiche, ben al di là degli anni nei quali sono scritti e comunque ben oltre il secolo XV e continuano ad essere letti e presi a modello in piena età moderna, occupando a lungo nelle biblioteche professionali di avvocati e giudici un posto non secondario.

3. « *Iste casus est... multum dubitabilis* ».

Il caso di cui intendiamo qui occuparci ⁽¹²⁾, così come ricostruito durante il processo (ricordiamo che il *consiliator*, proprio perché altrimenti estraneo alla causa, lavora sulla qualificazione giuridica dei fatti così come sottopostigli da chi gli commissiona il parere e che questo vale dunque *rebus sic stantibus*, a partire dalla ricostruzione del fatto avvenuta nel giudizio), si presenta piuttosto lineare: a Salò, sulla riva bresciana del Garda, Domenica ed Antonino, divenuti amanti, hanno determinato di liberarsi del marito di lei, Gasparino, per potersi poi sposare. Il piano criminoso è semplice ed efficace: l'uomo, con i soldi fornitigli dall'amante, si reca a Brescia ed acquista il veleno che poi Domenica provvede a somministrare proditoriamente al marito, mischiandolo al suo cibo. Colto subito da un vomito violento e da forti dolori, Gasparino muore alcuni giorni dopo. Questa la accurata descrizione del *casus* in avvio del consiglio:

⁽¹²⁾ Si tratta del *consilium* V della raccolta citata *supra*: i passi qui riportati sono tratti dall'*editio princeps* bresciana (*Consilia criminalia... Bartholomei Cepole...*, feliciter et accurato studio Bonini de Boninis de Ragusia suisque maximis sumptibus Brixie impressa, 1490, ff. 251r-253r), senz'altro più corretta delle edizioni posteriori, confrontata comunque all'occorrenza con il testo di alcune edizioni successive (Lugduni, impressa... opera... Anthonii du Ry ac impensis... Iacobi de Giuncta Florentini, 1531, ff. 10v-14v; Venetiis, apud Cominum de Tridino Montisferrati, 1555, ff. 10r-13v e Venetiis, ad signum iurisconsulti, 1575, ff. 15v-21v).

Casus talis. Processum est per magnifi. ac gene. virum d. Pe. Foscarenum ⁽¹³⁾ pro ill. d. d. ve. terre Salodii totiusque riperie Brixienis capitaneum dignissimum, et provisorem per inquisitionem contra et adversus Antoniolium q. Ioannis Vulpe de Monte Garignani et d. Dominicam eius uxorem tanquam contra publicos et famosos veneficos homines male conditionis et fame ex eo quod d. Anto. perpetravit adulterium pluribus vicibus cum d. Dominica secum coeundo vivente Gasparino primo eius marito et quod non contenti hac nequitia inter se ordinaverunt et tractaverunt diabolica inspiratione ducti hoc detestabile scelus, videlicet quod d. Dominica deberet tosicare d. Gaspari. et quod postea ipse Antonio. acciperet eam in uxorem. Quo quidem ordine et tractatu dato et facto inter eos de hyeme proxime preterita predicti adulterii et venefici non contenti de predictis, sed mala malis addendo, et in suo malo proposito perseverantes animo et intentione, d. tractatum et ordinem finiendi inter eos datum, ut supra firmata inter eos fide pro predictis adimplendis d. Antonio. ivit Brixiam et emit venenum habitis aliquibus denariis ab ipsa Dominica pro emendo tosicum quod secum tulit et dedit ipsi Dominice, ut cum meo tosicaret d. Gaspa. maritum suum iuxta d. ordinem inter eos datum, quod cum habuit predicta Dominica scieret dolose et appensate et tractate animo et intentione infrascriptum veneficium committendi et d. tractatum et ordinem producendi die dominica prima quadragesime tosicum predictum posuit in scudella d. Ga. tunc mariti sui et postea posuit intus ferculum de cumulis caulium, et cicerum et illud dedit d. Ga. marito suo, quod quidem venenum cum d. ferculo predictus Ga. assumpsit et comedit; quo assumpto statim incepit vehementer vomitare et deorsum egere ex quo tostico d. Ga. die mercurii sequenti mortuus fuit [...] ⁽¹⁴⁾.

I due complici possono così sposarsi senza ostacoli, portando a termine il loro scellerato disegno, ma vengono presto accusati per la morte dell'uomo: nel procedimento giudiziario a loro carico che ne scaturisce sono sottoposti ad *inquisitio* e rendono ampia confessione del crimine commesso. Il veneficio è stato provato, così come il *pactum sceleris* tra i due: la loro colpevolezza è evidente ed è stata del resto ammessa dagli imputati, convinti e confessi; non pare quindi eludibile una sentenza di condanna che irroghi la pena di morte per entrambi. Seguendo comunque il rito ordinario, terminata

⁽¹³⁾ Il magistrato che conduce il processo è Pietro Foscarini, che le fonti indicano rettore a Salò dal 1456 e destinato poi ad una carriera politica di un certo rilievo entro la classe dirigente veneziana. Cfr. G. DEL TORRE, *Foscarini Pietro*, 'voce' del *Dizionario biografico degli italiani*, vol. XLIX, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1997, pp. 413-415.

⁽¹⁴⁾ CIPOLLA, *cons.* V, ed. cit., f. 251rB. Si noti la dettagliata descrizione delle concrete modalità dell'avvelenamento, accurata fino a render conto del cibo (un piatto a base di cavoli e ceci) nel quale Domenica mischia la sostanza tossica.

la fase delle indagini e raccolte le prove a carico (« inquisitione formata »), queste vengono messe a disposizione degli imputati per garantire almeno un simulacro di diritto di difesa e viene fissato un termine per la formalizzazione delle ragioni della difesa:

[...] qua inquisitione formata, d. Antonio. et Dominica iugales rei constituti coram prefato magnifi. d. capitaneo et provisoro ad banchum maleficii ratificaverunt in omnibus et per omnia ut supra in inquisitione continetur. Deinde statutus est terminus predictis reis iugalibus ad faciendam defensionem suam [...] ⁽¹⁵⁾.

Cipolla indica con precisione inequivoca che il processo è stato avviato e condotto d'ufficio da parte del giudicante (« per inquisitionem ») e che i due complici hanno poi confermato formalmente i risultati delle indagini (« ratificaverunt in omnibus et per omnia ») che li indicano in modo sicuro come colpevoli. La loro responsabilità è aggravata dall'aver concordato e portato ad esecuzione il disegno criminoso con consapevole e deliberata volontà, come si rimarca più volte nell'esposizione del *casus* (i due hanno agito « scienter dolose et appensate et tractate animo et intentione infrascriptum veneficium committendi ») né manca il rilievo, di grande significato nella giustizia tardomedievale e di Antico Regime, che si tratta di persone « male conditionis et fame ».

L'andamento scontato del processo, con la sorte segnata degli imputati, trova tuttavia un inciampo impreveduto e in apparenza decisivo quando i fratelli di Antoniolo riferiscono di aver scoperto che l'ucciso era stato bandito dal territorio di Brescia, con la previsione che se fosse caduto nelle mani dei magistrati bresciani sarebbe stato decapitato ⁽¹⁶⁾. Concesso un ulteriore termine a difesa di otto giorni, i fratelli riescono a produrre davanti al giudice sia il

⁽¹⁵⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁶⁾ Per notizie sulle vicende politiche della Riviera di Salò, passata stabilmente e definitivamente sotto il dominio veneziano nel 1426, dopo un periodo di soggezione ai Visconti, cfr. l'opera storiografica cinquecentesca di B. GRATTAROLO, *Historia della Riviera di Salò*, Brescia, Sabbio, 1599; nonché, oggi, M. ZANE, *La eccellente et magnifica Salò. Una comunità nella storia*, schede di P. Belotti et al., Roccafranca (BS), La Compagnia della Stampa Massetti Rodella Editori, 2004, specie pp. 43-64. La zona conobbe a lungo un endemico ricorso alla violenza, a fatica contrastato dalle autorità, protrattosi anche nei secoli successivi: cfr. in merito *Liturgie di violenza lungo il lago. Riviera del Garda tra '500 e '600*, a cura di C. Povolo, Salò (BS), Ateneo di Salò, 2010.

bando che aveva colpito Gasparino nel 1450, per omicidio premeditato, sia una copia degli statuti locali recanti la norma « quod banniti de maleficio possint impune offendi », come recita testualmente la rubrica del capitolo statutario ⁽¹⁷⁾. In base a tali nuovi elementi, si pongono due questioni preliminari alla chiusura della causa e all'emanazione della sentenza: se, in virtù del bando per omicidio e della conseguente condanna a morte prevista per il bandito, si debba applicare la norma statutaria e dunque mandare assolti i suoi assassini ovvero, in subordine, posto che debbano comunque essere condannati, quale pena debba essere loro inflitta:

Modo stantibus premissis dubitatur de duobus principaliter. Et primo, an dicti Antoniolus et Dominica iugales debeant absolvi vigore dicti statuti primi, quia ille Gasparinus erat bannitus pro homicidio et ad mortem condemnatus, an vero debeant condemnari. Secundo posito quod debeant condemnari, que poena debeat imponi ⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁷⁾ Per un'informazione dettagliata sulla produzione statutaria relativa alla Riviera di Salò, tra XIV e XVII secolo, si possono consultare con profitto i volumi del *Catalogo della raccolta di statuti, consuetudini, leggi, decreti, ordini e privilegi dei comuni, delle associazioni e degli enti locali italiani dal Medioevo alla fine del secolo XVIII*: vol. VI-R, a cura di C. Chelazzi, Roma, Tipografia del Senato della Repubblica, 1963, sub v. « Riviera di Salò », pp. 77-86; vol. VII-S, a cura di G. Pierangeli e S. Bulgarelli, Firenze, La Nuova Italia, 1990, sub v. « Salò », pp. 21-22. Notizie sulle riforme statutarie fra Tre e Quattrocento e sulle vicende politico-amministrative di Salò e della riva bresciana del Garda si leggono in F. BETTONI, *Storia della Riviera di Salò in quattro volumi*, Brescia, Stefano Malaguzzi Editore, 1880 (rist. anast. Bologna, Forni, 1968), che riporta anche (vol. IV, pp. 121-298) la trascrizione degli statuti criminali del 1386, approvati dal Conte di Virtù Gian Galeazzo Visconti, vicario imperiale ma non ancora duca, redazione recante il cap. CLIIII, *Quod banniti de maleficio possint impune offendi*: « Item quod omne damnum iniuria vel maleficio datum et factum in persona banniti de maleficio ex quo pena sanguinis ingeratur perpetuo remaneat impunitum et impunita et processus qui fieret per quemcumque rectorem sit ipso iure nullus. Eo salvo quod si offensio fieret tali bannito per illum vel illos qui in pace vel in treugua secum forent perinde maleficio puniatur ac si in banno maleficio non esset offensus » (il testo si legge ora, meglio, ne *Gli Statuti Criminali della Comunità della Riviera del lago di Garda (1386)*, a cura e con un Saggio introduttivo di A. Fedele, Brescia, Grafo, 1994, p. 210). Si tratta verosimilmente degli statuti richiamati nel *consilium* del Cipolla, riformati poi nel 1484, ottenuta l'approvazione del doge Giovanni Mocenigo. Gli statuti di Salò del 1396 non recano invece alcun cap. con una rubrica corrispondente a quella citata (BETTONI, *Storia della Riviera di Salò*, cit., vol. III, pp. 204-265).

⁽¹⁸⁾ CIPOLLA, *cons.* V, ed. cit., f. 251vA.

I nodi da sciogliere sono impegnativi ed il caso appare « *multum dubitabilis* », tanto più che deve essere attentamente valutato poiché « *de vita hominis agitur* »; per questo Cipolla procede alla riconsiderazione di tutta la materia, circa il bando e la sua disciplina statutaria, senza dare nulla per scontato od acquisito, a cominciare dalla reale portata normativa della previsione contenuta nello statuto locale, che sembra porre il bandito che rientri in patria nella condizione estrema di trovarsi in completa balia dei suoi nemici, che non sarebbero perseguibili neppure nell'ipotesi estrema della sua uccisione.

4. *Il bando: presupposti e fenomenologia di un istituto multiforme.*

Vengono qui in considerazione due aspetti egualmente importanti, intorno ai quali il giurista deve svolgere la sua analisi: da un lato si pone il problema di configurare correttamente l'istituto del bando, sconosciuto al diritto romano ma previsto praticamente in ogni ordinamento cittadino medievale e ben presto accolto e sommariamente disciplinato dagli statuti locali ⁽¹⁹⁾, dall'altro lato si affaccia per tale via la complessa questione, di enorme portata sistematica oltre che pratica e non priva di implicazioni *lato sensu* politiche, relativa all'interpretazione dello statuto ed alla capacità

(19) Sul bando nell'esperienza giuridica dell'età di mezzo ancora utile, nonostante qualche ingenuità ed inesattezza, anzitutto l'ampio inquadramento generale offerto da D. CAVALCA, *Il bando nella prassi e nella dottrina giuridica medievale*, Milano, Giuffrè, 1978, specie pp. 42-58 sulla prassi del bando in età comunale e pp. 78-100 sulla natura dell'istituto nelle teorie di glossatori, postglossatori e commentatori; per la sua concreta applicazione in alcune realtà civiche cfr. P.R. PAZZAGLINI, *The criminal ban of the sienese commune: 1225-1310*, Milano, Giuffrè, 1979; A.M.C. MOONEY, *The legal ban in Florentine statutory law and the De bannitis of Nello da San Gimignano, 1373-1430*, Ph.D. thesis, Los Angeles, University of California, 1976 (Ann Arbor, MI, Xerox University Microfilms, 1980); nonché, più di recente, J. CARRAWAY, *Contumacy, Defense Strategy, and Criminal Law in Late Medieval Italy*, in « *Law and History Review* », XXIX (2011), pp. 99-132. Individua acutamente alcuni punti chiave dell'istituto il recente studio di A.A. CASSI, *Il "segno di Caino" e "i figliuoli di Bruto". I banditi nella (dalla) civitas dell'Italia comunale e signorile tra prassi statutaria e scientia juris*, in *Ai margini della civitas. Figure giuridiche dell'altro tra medioevo e futuro*, a cura di A.A. Cassi, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2013, pp. 79-92 (in Appendice lo *Statuto dei Malesardi* di Brescia (1297), pp. 93-104).

della scienza giuridica di integrarne la lettera per giungere a risultati più equi ⁽²⁰⁾. Evidentemente il tema del *consilium* qui considerato evoca entrambi i piani ed impone a Cipolla di lavorare nella consapevolezza dell'intersecarsi dei due nodi problematici: i limiti e le conseguenze del bando possono enuclearsi correttamente soltanto tenendo conto di quanto prevede lo statuto locale e tuttavia per giungere ad un risultato accettabile occorre applicare alla lettura di tale fonte ogni risorsa dell'*interpretatio*, che a sua volta deve attingere al quadro normativo generale per delineare la fisionomia di un istituto profondamente incardinato nella logica del sistema repressivo delle città medievali ma che pone nella prassi non pochi problemi di ardua soluzione ⁽²¹⁾. Per questo vedremo il nostro autore chiedere di volta in volta aiuto alla letteratura giuridica criminalistica specificamente dedicata al bando così come a quella dedicata allo *ius proprium* cristallizzatosi negli statuti, idealmente e concretamente muovendosi entro un ambito tematico delimitato rispettivamente dal *Tractatus de bannitis* di Nello da San Gimignano e dall'*Opus statutorum* di Alberico da Rosate ⁽²²⁾.

⁽²⁰⁾ D'obbligo sul punto il rimando all'ormai classica trattazione di M. SBRICCOLI, *L'interpretazione dello statuto. Contributo allo studio della funzione dei giuristi nell'età comunale*, Milano, Giuffrè, 1969.

⁽²¹⁾ Per averne un'idea, oltre alla lettura dei trattati dedicati *ex professo* all'istituto, è sufficiente scorrere l'indice dei *consilia* del Nostro, dove compaiono vari casi relativi alla determinazione della concreta disciplina del bando, ruotanti comunque tutti intorno al problema della impunità stabilita per l'uccisione del bandito. Oltre al cons. V di cui ci stiamo qui occupando, si tratta dei *consilia* VI (*incip. Veritas primi dubii*), VII (*incip. Quidam fuit Padue*) e VIII (*incip. Dicendum est breviter*); questi i rispettivi argomenti indicati nel *repertorium consiliorum* (assente nella *princeps*; usiamo qui quello dell'ed. Venetiis 1575, peraltro identico a quello delle altre cinquecentine): « An per secundum bannum intelligatur recessum a primo et an qui est absolutus sed non cancellatus iuxta statutum quod permittit bannitum impune occidi possit interfici »; « Bannitus et non legitime de banno cancellatus an possit impune occidi stante statuto quod bannitus a quinquaginta libris supra etc. et an hoc statutum locum habeat quando poena venit parti applicanda et non fisco »; « An possit bannitus impune occidi infra 15. milliarum ultra territorium in quo maleficium commisit iuxta statutum quod permittit etc. ut hic ».

⁽²²⁾ Nella piena consapevolezza che la materia era stata precocemente messa a fuoco, lasciando tracce corpose del lavoro svolto per rispondere ai mille quesiti già nella pionieristica dottrina criminalistica del secolo precedente, come si ricava ad es. dall'opera del Gandino, dove trova posto un capitolo *De bannitis pro maleficio*, ripartito

Circa il bando, istituito genuinamente medievale che non trova un precedente diretto ovvero un modello nell'*exilium* né in altri provvedimenti sanzionatori propri dell'ordinamento romano, è fondamentale mettere a fuoco la sua natura e gli ambiti applicativi privilegiati, per notare come si tratti di un'espulsione dalla comunità che implica tanto l'allontanamento fisico dalla città quanto l'estromissione giuridica dalla *civitas* con la privazione dei relativi diritti civili e politici. A tale misura però si ricorre in realtà entro due scenari del tutto diversi. Da un lato abbiamo una reazione difensiva nei confronti di un soggetto criminale (accertato o soltanto presunto), quale contromisura radicale di fronte ad un comportamento illecito che non si esaurisce nella commissione di un reato ma si traduce nel rifiuto di riconoscere la legittimità del potere sanzionatorio delle istituzioni e di accettare la giurisdizione dei magistrati cittadini, attraverso la fuga per sottrarsi al giudizio, con una condotta considerata incompatibile con il perdurare della condizione di *civis* e del connesso godimento di uno *status* privilegiato. Non presentandosi davanti al giudice e sottraendosi al processo il *reus* non si limita a rendere peggiore la sua posizione processuale, ma compie un atto esplicito di autoestraniazione dall'ordinamento che avrà come reazione una misura speculare di rigetto, per una sorta di contrappasso che può essere portato fino alle estreme conseguenze: chi nega la vigenza delle leggi della comunità e non si sottopone al loro rigore — in tal modo, in effetti, ancor prima che la sentenza di condanna si rifiutano in radice le regole che legittimano e disciplinano l'esercizio della giurisdizione, anche se il presupposto è dato da un processo penale pesantemente sbilanciato a danno del reo e di fatto preordinato alla sua condanna, con una compressione sostanziale del diritto alla difesa dell'imputato — perde il diritto di invocare quelle stesse leggi a propria tutela in caso di offesa da parte di un altro privato e si vede costretto suo malgrado a permanere in quella posizione di « fuorilegge » nella quale si è collocato volontariamente al fine di sfuggire alla condanna in giudizio. Dunque, in

nella trattazione di diciotto *quaestiones*, tutte rigorosamente *de facto*: H. KANTOROWICZ, *Albertus Gandinus und das Strafrecht der Scholastik*, II. *Die Theorie. Kritische Ausgabe des « Tractatus de maleficiis » nebst textkritischer Einleitung*, Berlin-Leipzig, De Gruyter, 1926, pp. 130-151.

questo caso il bando (che poi si articola a sua volta in una casistica eterogenea) rappresenta uno dei possibili esiti dell'esercizio della giustizia penale, pur nella forma di una misura ritorsiva estrema e non fisiologica, anche se quantitativamente assai frequente a causa delle falle del sistema repressivo medievale e protomoderno, privo dell'organizzazione e delle risorse tecnologiche atte ad evitare la sin troppo facile fuga dell'imputato. Rendendosi contumace e impedendo alla giustizia di fare il suo corso, insomma, il cittadino nega le regole basilari della convivenza civile e rinuncia alla sua condizione di membro a pieno titolo della comunità, ponendo le basi per subire di rimando una sorta di amputazione chirurgica dal corpo sociale, che se ne libera riportando così ordine e armonia nei rapporti intersoggettivi turbati dalla negazione esplicita dell'autorità politica, legittima detentrica della giurisdizione e del connesso potere di punire⁽²³⁾, non meno che dal crimine commesso.

Tanto le norme degli statuti che prevedono questo istituto quanto i giudici che le applicano e i giuristi che riflettono intorno ai presupposti necessari per farvi ricorso e alle sue concrete modalità di funzionamento hanno in ogni caso ben chiara la *summa divisio* che separa il bando *ex maleficio*, irrogato cioè per la commissione di un

(23) Ciò appare anche del tutto coerente con quella evoluzione complessiva che nel lungo periodo conduce alla netta prevalenza della giustizia egemonica d'apparato su quella negoziata, per riprendere le felici formule proposte con successo da Mario Sbriccoli per dar conto dell'evoluzione della giustizia criminale verso forme nelle quali gli apparati pubblici mirano ad assumere il tendenziale monopolio sia nella determinazione dei reati per via normativa e sia nella gestione diretta della loro repressione giudiziaria. In tale contesto la disobbedienza al comando posto dalla legge (nel nostro caso all'obbligo di presentarsi in giudizio e di accettare la veste d'imputato, riconoscendo così implicitamente la legittimità della giurisdizione dell'autorità che ha il compito di perseguire i reati) diviene la vera giustificazione della repressione penale, e questa si estende a comprendere sempre di più l'ambito contiguo del dissenso politico, riconfigurato come vero e proprio crimine di lesa maestà. Cfr. su ciò molti dei contributi raccolti ora in M. SBRICCOLI, *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, 2 tomi, Milano, Giuffrè, 2009, e in specie il rapido ma illuminante profilo diacronico intitolato *Giustizia criminale*, tomo I, pp. 3-44 (già in *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, a cura di M. Fioravanti, Roma-Bari, Laterza, 2002, pp. 163-205), nonché l'attenta rilettura offertane da I. BROCCHI, *La giustizia di tipo egemonico: qualche spunto di riflessione*, 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, pp. 179-211.

atto criminoso (ovvero per il sottrarsi al processo scaturito dal compimento di quel reato ⁽²⁴⁾) dal bando politico ⁽²⁵⁾, anch'esso di frequentissimo utilizzo nel Medioevo comunale e signorile ed oltre, che si risolve ugualmente nell'espulsione dalla città e solitamente nella confisca dei beni, ma che ha tutt'altro fondamento e presupposto, trattandosi di una misura connessa alla diuturna accessissima lotta politica che anima e talora insanguina i centri urbani, mediante la quale la fazione *pro tempore* al potere cerca di dare stabilità alla propria occupazione delle istituzioni allontanando fisicamente i nemici politici sulla sola base della loro militanza nel partito avverso (che al momento è perdente) e privandoli dei diritti civili, oltre che spogliandoli del loro patrimonio. La dichiarata o comunque riconosciuta appartenenza alla fazione nemica in disgrazia, specie se coincide con una posizione di particolare prestigio personale o familiare, può rappresentare dunque ragione sufficiente per essere banditi, e giunge solo in certi casi a tradursi anche, per i personaggi più in vista e politicamente più attivi e pericolosi, in una formale accusa penale di tradimento o di lesa maestà, ricongiungendo così l'esito estremo della lotta fazionaria con l'esercizio della giustizia penale ⁽²⁶⁾.

È chiaro che i due tipi di bando, pur analoghi negli esiti, hanno

(24) A rigore il bando *ex maleficio* si distingue geneticamente da quello *ex contumacia*, che deriva non dalla previa commissione di un reato ma dalla mancata ingiustificata comparizione in giudizio; la disciplina però accomuna queste due figure e la dottrina preferisce non marcare la differenza, posto che — come vedremo *infra* — disconoscere l'autorità del giudice viene considerato in sé un reato di non lieve entità.

(25) Sul fenomeno in questione utile già CAVALCA, *Il bando nella prassi e nella dottrina giuridica medievale*, cit., pp. 101-157; cfr. poi estesamente, entro una bibliografia arricchitasi in anni recenti d'importanti contributi, anzitutto G. MILANI, *L'esclusione dal Comune. Conflitti e bandi politici a Bologna e in altre città italiane tra XII e XIV secolo*, Roma, Istituto Storico Italiano per il Medio Evo, 2003; ID., *Banditi, malesardi e ribelli. L'evoluzione del nemico pubblico nell'Italia comunale (secoli XII-XIV)*, in «Quaderni fiorentini», XXXVIII (2009), *I diritti dei nemici*, pp. 109-140; F. RICCIARDELLI, *The Politics of Exclusion in Early Renaissance Florence*, Turnhout, Brepols, 2007; nonché, guardando soprattutto all'esito del bando, l'esilio, in un'ottica più politica che giuridica, R. STARN, *Contrary commonwealth: the theme of exile in Medieval and Renaissance Italy*, Berkeley (CA), University of California Press, 1982; J. HEERS, *L'esilio, la vita politica, la società nel Medioevo*, Napoli, Liguori, 1997; C. SHAW, *The politics of exile in Renaissance Italy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.

(26) D'obbligo il rimando alla magistrale ricostruzione della progressiva dilatazione del *crimen* a tutela del detentore del potere politico offerta in M. SBRICCOLI, *Crimen*

presupposti e seguono logiche notevolmente diverse così come è evidente che il caso dell'uccisione di Gasparino si riallaccia *in toto* al meccanismo del bando quale istituto di diritto criminale, irrogato per il compimento di un grave delitto. In proposito infatti occorre ulteriormente distinguere: al bando si giunge usualmente nel processo penale (ma eventualmente anche in quello civile) per la volontaria assenza dell'imputato che si tramuta così in contumacia, alla quale si riallacciano conseguenze assai gravi, tra cui la parificazione della contumacia alla confessione e quindi la condanna senza bisogno di ulteriori indagini e prove e, appunto, l'infrazione del bando, per contrappasso, in attesa di poter celebrare il processo *in praesentia* dell'accusato ovvero di applicare la pena prevista per il reato ascritto⁽²⁷⁾. Ove tale crimine sia particolarmente grave, in parallelo con la pena di morte irrogata ma non applicata a causa della fuga del reo si ammette (e qui il cerchio si chiude rispetto al nostro caso di veneficio muliebre) che chiunque possa impunemente recar danno al soggetto, fino ad ucciderlo, ove rientri in patria o comunque abbandoni la condizione di latitanza, a prescindere totalmente dai motivi che spingano il terzo a tale comportamento (sovente quel motivo si ritrova in una vendetta privata, che evidentemente nulla ha a che fare con l'idea di collaborazione del privato con le istituzioni in vista del raggiungimento dell'obiettivo di punire il *reus* per il reato che lo ha fatto bandire, onde realizzare in un modo o nell'altro il fine di giustizia sostanziale, considerato essenziale ed indisponibile e come tale assunto su di sé dall'ordinamento, espresso con la fortunata formula *ne crimina remaneant impunita*).

Posto in chiaro che nel nostro caso si tratta di concentrarsi sulla corretta configurazione del bando criminale, il lavoro del consulente è appena all'inizio poiché — come abbiamo già accen-

laesae maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza politica moderna, Milano, Giuffrè, 1974.

(27) La materia, che sconta — nonostante il notevole sforzo ricostruttivo della scienza giuridica — anche una certa inevitabile variegatazza di disciplina causata dall'essere regolata in via autonoma per ogni ordinamento territoriale dai locali statuti cittadini, senza potersi giovare di una configurazione unitaria di matrice romanistica, ovviamente è molto più complessa di quanto si possa qui raffigurare, ai nostri limitati fini; in merito, per una analisi dettagliata si rimanda anzitutto ancora a CAVALCA, *Il bando nella prassi e nella dottrina giuridica medievale*, cit., pp. 159-238.

nato — la disciplina dell'istituto è dettata da consuetudini e statuti, nonché dallo *stylus curiae* eventualmente affermatosi *in loco* sui vari punti controversi, quindi occorre accostarsi *in primis* alle norme dello statuto locale per comprenderne il significato reale, alla luce però non soltanto del loro tenore letterale, come potrebbe essere tentato di fare un lettore *naïf* di quella fonte, privo di cultura giuridica, bensì applicando l'indispensabile bagaglio tecnico appannaggio del *doctor legum*, in vista di una loro corretta interpretazione ⁽²⁸⁾.

5. *Il nodo dell'interpretazione della norma statutaria: letterale o estensiva?*

Il quesito iniziale e fondamentale concerne « quomodo intelligatur dictum statutum, quod banniti de maleficio possint impune offendi, an habeat locum etiam si bannitus occidatur » ⁽²⁹⁾. Non si tratta certo della prima volta che il problema si pone e che la giurisprudenza lo affronta, concedendo attenzione al tema: basti citare in proposito la diffusa ed apprezzata opera *De maleficiis* composta da Alberto Gandino, sul finire del XIII secolo ⁽³⁰⁾. Il giurista di Crema, forte della sua attività di pratico e di esperto di diritto penale per aver ricoperto la carica di assessore *ad maleficia* e podestà in varie città dell'Italia centrale, nonché pertanto inevitabilmente anche di diritto statutario (al quale appunto dedica l'altra sua importante fatica, le *Quaestiones statutorum* ⁽³¹⁾) inserisce nella sua

⁽²⁸⁾ Sulle varie posizioni dottrinali intorno ai nodi da sciogliere per la compiuta configurazione dell'istituto cfr. C. GHISALBERTI, *La condanna al bando nel diritto comune*, in « Archivio giuridico 'Filippo Serafini' », CLVIII = ser. VI, XXVII (1960), pp. 3-75.

⁽²⁹⁾ CIPOLLA, *cons.* V, ed. cit., f. 251vA.

⁽³⁰⁾ Su questo autore tardoduecentesco, alle origini della scientificizzazione del diritto criminale, nonostante la sua qualità di pratico e non di docente in uno *Studium*, oltre al classico lavoro di H. KANTOROWICZ, *Leben und Schriften des Albertus Gandinus*, in « Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Rom. Abt. », XLIV (1924), pp. 224-358, cfr. D. QUAGLIONI, *Alberto Gandino e le origini della trattatistica penale*, in « Materiali per una storia della cultura giuridica », XXIX (1999), pp. 49-63.

⁽³¹⁾ Il testo è stato edito da Arrigo Solmi nella *Bibliotheca Iuridica Medii Aevi*, III, Bologna, Monti, 1901, pp. 155-214; sull'opera ancora utile A. SOLMI, *Alberto da Gandino e il diritto statutario nella giurisprudenza del sec. XIII*, in « Rivista italiana per

raccolta di *quaestiones* criminalistiche un ultimo denso capitolo dal titolo significativo: *De multis questionibus maleficiorum provenientibus a statutis*, a riprova delle difficoltà incontrate sul piano della prassi nell'applicazione letterale degli statuti. In esso trova spazio anche un'ampia disamina della norma statutaria qui considerata: « continentur in statuto civitatis, quod banniti pro maleficio impune possint offendi, sicut evenit quasi in qualibet civitate tam Lombardie quam Tuscie. Modo queritur, numquid bannitus aliquis pro maleficio possit sine pena occidi? »⁽³²⁾.

In prima approssimazione, la lettera dello statuto, così come riportata nel *consilium*, sembrerebbe in realtà escludere la conseguenza più grave e radicale, cioè l'uccisione del bandito senza che ne seguano sanzioni di sorta, poiché la norma parla soltanto, genericamente, di un danno illecito procurato al bandito, senza ulteriori specificazioni e senza fare alcun riferimento all'eventualità della sua morte: « quia si consideramus verba statuti, statutum loquitur solummodo de damno iniuria et maleficio dato et facto in persona banniti, et non loquitur de homicidio »⁽³³⁾. Il nocciolo del ragionamento concerne il fatto che lo statuto non parla esplicitamente di omicidio e si tratta dunque di stabilire se la norma può essere estesa per via d'interpretazione fino a ricomprenderlo⁽³⁴⁾. Gli argomenti giuridici che militano a favore di una lettura restrittiva non sono di poco conto e il provveduto interprete ne schiera senza sforzo un certo numero, fruendo di una tradizione dottrinale ricca e condivisa dai migliori autori: *in primis* quello generalissimo per cui tutto ciò che non è enunciato apertamente nel testo normativo deve considerarsi comunque escluso dalla potenziale estensione del suo spettro semantico, dato che il legislatore avrebbe potuto benissimo esplicitamente prevederlo, se avesse voluto, per cui l'assenza nel testo vale come segno inequivoco di una precisa scelta di segno negativo; in

le scienze giuridiche », XXXII (1901), pp. 182-202, poi in Id., *Contributi alla storia del diritto comune*, Roma, Soc. Ed. del « Foro Italiano », 1937, pp. 341-355.

⁽³²⁾ KANTOROWICZ, *Albertus Gandinus und das Strafrecht der Scholastik*, cit., p. 414. La *quaestio* è la n. 26 del capitolo e si legge alle pp. 414-417 dell'edizione moderna.

⁽³³⁾ CIPOLLA, *cons.* V, ed. cit., f. 251vA.

⁽³⁴⁾ Una rassegna delle tesi avanzate in dottrina in argomento si trova in GHISALBERTI, *La condanna al bando nel diritto comune*, cit., pp. 69-74; nonché in CAVALCA, *Il bando nella prassi e nella dottrina giuridica medievale*, cit., pp. 206-213.

secondo luogo la scienza giuridica bassomedievale ha da tempo enucleato come canone ermeneutico principe per gli statuti il ricorso ad un'interpretazione rigorosamente letterale, in senso dichiaratamente restrittivo, sul presupposto che le regole poste dalle fonti di *ius proprium* derogano a quelle di *ius commune* e debbano quindi essere limitate al massimo nella loro portata applicativa, specie quando siano *odiosae*, cioè prevedano sanzioni o in ogni modo conseguenze negative a carico dei destinatari; ove comunque non si ritenesse sufficiente ricorrere a tali criteri generali, scendendo nel particolare della norma in questione si può sostenere che la parola « *damnum* » utilizzata sia riferibile unicamente ad una diminuzione patrimoniale mentre, per altro verso, l'impiego del termine « *iniuria* », ancorché « *atrox* » cioè grave, rimandi ad ipotesi distinte e diverse da quella della morte, così come i lemmi « *maleficium* » ed « *offensio* » mostrano una diversa estensione semantica e l'offesa pare rimandare ad una lesione e non alla totale distruzione della *res* che ne è oggetto: « *nam aliud est offendere, aliud occidere* ». Del resto, la stessa rubrica statutaria succitata sembra rimandare ad un'ipotesi diversa da quella dell'uccisione e prendere in considerazione il nocumento inferto ad una persona ovvero il danneggiamento di cose, ma non prevedere (ed ammettere) l'omicidio:

Item si consideremus rubricam dicti statuti, que dicit quod banniti de maleficio possint impune offendi, etiam videtur quod non possit bannitus occidi, nam aliud est offendere, aliud occidere, nam offensa proprie est quando particulariter nocetur persone vel rebus, non autem cum homo occiditur [...] Item quia verbum offensa videtur continere aliquam diminutionem vel lesionem non autem totalem rei consumptionem [...] ⁽³⁵⁾.

In definitiva, dunque, lo statuto secondo questa lettura restrittiva più aderente alla lettera non legittima l'omicidio del bandito e non va inteso in tal modo, perché il suo dettato altrimenti sarebbe frontalmente contrario al diritto comune ed inoltre avrebbe un contenuto *odiosum*, mentre in questi casi la previsione statutaria deve intendersi nell'accezione più mite: « *maxime quia tale statutum est contra ius commune et odiosum, unde in mitiorem partem debet*

⁽³⁵⁾ CIPOLLA, *cons.* V, ed. cit., f. 251vA. Diverso è pure il rimedio giudiziale: nell'un caso la generica *actio iniuriarum*, nell'altro una « *specialis accusatio* » che scaturisce specificamente dall'omicidio: *ibidem*.

interpretari, ut l. Preses (D.48,19,32) et l. Si de interpretatione, ff. de penis (D.48,19,42) cum similibus »⁽³⁶⁾.

Con il tipico andamento questionante che contrappone tesi diverse per farne scaturire con la maggior evidenza possibile la soluzione più fondata ed infine preferibile, Cipolla offre di seguito anche una serie di *argumenta* che spingono, al contrario, verso l'interpretazione estensiva e meno garantista. Come in precedenza, si inizia con i criteri ermeneutici generali: la norma dispone « generaliter » (« Primo quia dictum statutum loquitur generaliter dum dicit omne damnum et maleficium datum et factum in personam, ergo generaliter debet intelligi »⁽³⁷⁾) e « indistincte », quindi senza escludere alcun tipo di nocumento; di conseguenza, tirando le fila di un'analisi lessicale certo non fine a sé stessa, « cum banniti possint impune offendi, ergo poterunt et occidi, quia appellatione offense simpliciter prolata intelligitur de qualibet offensa [...] Item quia appellatione offense videtur contineri etiam gravissima et capitalis offensa [...] Item quia appellatione offense videtur contineri etiam totalis rei consumptio »⁽³⁸⁾.

Le ragioni che militano nei due campi sono in sostanza speculari e sembrano equivalersi, riducendosi comunque tutto ad un esercizio esegetico sul significato di parole che tollerano sia la lettura restrittiva che quella estensiva. Ma l'argomentazione del consulente compie in realtà un salto di qualità, perché non si limita più ad indicare ad ogni passaggio logico i testi giustinianeî che possono giustificare la posizione enunciata, ma introduce a questo punto (mentre se ne è astenuto per sostenere le tesi opposte) la costante allegazione di *auctoritates* dottrinali medievali, tra quelle più prestigiose ed autorevoli nella materia specifica, oltre che in generale: Floriano da San Pietro, Baldo, Bartolo, Alberico da Rosate, così come poco sotto vengono citati anche Alberto Gandino, Martino da Fano, Ranieri da Forlì, Giovanni d'Andrea, Angelo Gambiglioni, Paolo di Castro, Nello da San Gimignano. Scatta dunque qui, per dirimere una prima grossa questione inerente l'interpretazione dello statuto e superare così un primo tornante assai rilevante e poten-

⁽³⁶⁾ *Ibidem.*

⁽³⁷⁾ *Ibidem.*

⁽³⁸⁾ Ivi, f. 251vA-B.

zialmente risolutivo per la decisione della causa, il ricorso massiccio e convinto all'opinione comune degli altri giureconsulti, scelti per la loro fama indiscussa (come Bartolo e Baldo) ovvero per la riconosciuta competenza specifica (come Alberico da Rosate, autore di una fortunata raccolta di *Quaestiones statutorum* ⁽³⁹⁾), e Nello da San Gimignano, autore di un apprezzato trattato che approfondisce con competenza e chiarezza la disciplina del bando ⁽⁴⁰⁾ — in tal senso designato come «elegans» dal Cipolla); sono autori legati tutti dall'elemento unificante della partecipazione a quel grande coro dottrinale già richiamato, a prescindere dalla provenienza geografica, dall'aver insegnato nell'uno o nell'altro *Studium*, dalla vicinanza

(39) Su questo giurista cfr. la 'voce' di L. PROSDOCIMI, *Alberico da Rosate*, nel *Dizionario biografico degli Italiani*, vol. I, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1960, pp. 656-657, nonché G. CREMASCHI, *Contributo alla biografia di Alberico da Rosciate*, in «Bergomum», L (1956), pp. 3-102; sulla sua raccolta di *quaestiones* statutarie, sin qui meno studiata di quanto sarebbe auspicabile, si vedano A. ROMANO, *Le 'quaestiones disputatae' nel «Commentarium de statutis» di Alberico da Rosciate*, in *Aspetti dell'insegnamento giuridico nelle Università medievali*, IV. *Le 'quaestiones disputatae'*, Reggio Calabria, Ed. Parallelo, 1975, pp. 45-224; C. STORTI STORCHI, *Prassi dottrina ed esperienza legislativa nell'«Opus statutorum» di Alberico da Rosciate*, in *Confluence des droits savants et des pratiques juridiques*. Actes du Colloque de Montpellier (12-14 décembre 1977), Milano, Giuffrè, 1979, pp. 435-489; D. QUAGLIONI, *Legislazione statutaria e dottrina della legislazione nel pensiero giuridico del Trecento italiano: le «Quaestiones statutorum» di Alberico da Rosate (c. 1290-1360)*, in *L'educazione giuridica*, a cura di A. Giuliani, N. Picardi, v. 5.2: *Modelli di legislatore e scienza della legislazione. Modelli storici e comparativi*, Napoli, ESI, 1988, pp. 109-160 (rifiuto poi senza modifiche in ID., «*Civilis sapientia*». *Dottrine giuridiche e dottrine politiche fra medioevo ed età moderna. Saggi per la storia del pensiero giuridico moderno*, Rimini, Maggioli, 1989, pp. 35-75).

(40) Il riferimento è all'importante *Tractatus de bannitis* steso dal giurista sangimignanese, ma cittadino fiorentino, nel 1424 (su costui cfr. ora la sintetica voce di A. BASSANI, *Nello Cetti da San Gimignano*, nel *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., vol. II, p. 1419, nonché soprattutto EAD., *Note a margine della vita e delle opere di Nello Cetti da San Gimignano*, in *Lavorando al cantiere del 'Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII-XX sec.)'*, cit., pp. 429-463 e spec. 448-456 sul trattato); l'opera ebbe un buon successo e conobbe varie edizioni, a cominciare da alcune incunabole, tanto da essere stata poi inclusa a fine XVI secolo nella monumentale raccolta ziletiana dei *Tractatus Universi Iuris* (XI, 1, Venetiis 1584, ff. 357r-406r); su questo trattato cfr. ora C. ZENDRI, *Il bando da Bartolo a Nello da San Gimignano (1373-1430)*, in ID., «*Banniti nostri temporis*». *Studi su bando e consuetudine nel diritto comune*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, pp. 129-152.

temporale al presente ovvero dall'antichità (figurano infatti nell'elenco autori attivi in secoli diversi, docenti prestigiosi delle migliori università accanto a grandi pratici che non salirono mai la cattedra, senza distinzione né gradazione apparenti). Alla fine, l'ago della bilancia pende verso una determinata soluzione non tanto per gli argomenti migliori in assoluto, in astratto, ma per quelli, pur oggettivamente altrettanto buoni, sposati dalla maggior parte dei migliori giuristi che si sono occupati del problema, con una perfetta esemplificazione di ciò che rappresenta, nei presupposti e negli effetti, l'*opinio communis doctorum* ⁽⁴¹⁾.

In fine, illuminante e decisiva risulta la lucida indicazione di Bartolo — richiamata adesivamente dal Cipolla — capace di fornire un criterio discretivo chiaro e sensato, per cui «offensa dicitur omnis actus per quem poena imponitur» ⁽⁴²⁾ e quindi vi può essere ricompreso finanche l'omicidio: con un *iter* logico ricorrente nella penalistica di diritto comune, i contorni delle figure di reato si determinano *ex post* guardandole dal lato della pena prevista; altrettanto dirimente appare il parallelo riferimento alla prassi: ricorre infatti qui, oltre al richiamo ad uno dei pochi *consilia* citati ⁽⁴³⁾ nella

(41) Nozione ancora non impiegata, di solito, dagli autori del tardo Quattrocento, ma già presente nei fatti, come si ricava dal costante lavoro di cernita e proposta delle opinioni dottrinali più accreditate che si afferma in quest'epoca come garanzia di bontà dell'argomentazione teorico-pratica dei giuristi (nei *consilia*, nei *tractatus*, nelle *repetitiones*). Nonostante ciò, l'autore quattrocentesco ancora evita di attribuire la soluzione che intende sposare soltanto all'accoglimento delle opinioni altrui, mantenendo ancora una certa autonomia; la cosa appare più evidente nel campo criminalistico, dove le autorità dottrinali scarseggiano e non producono quel fenomeno di massiva allegazione dottrinale che distingue già la pagina di altri rinomati autori coevi (si pensi ad Alessandro Tartagni) nelle materie privatistiche (lo stesso Cipolla nei trattati sulle servitù prediali non ha remore nel giovare all'occorrenza dell'ingente cumulo di opinioni altrui citabili sui vari punti controversi).

(42) CIPOLLA, *cons.* V, ed. cit., f. 251vB.

(43) È il *cons.* CLXXXVIII di Bartolo, che leggiamo nella nota edizione curata da Tommaso Diplovatazio, in quello che diventa il primo libro di *consilia*, per l'aggiunta ad opera del giurista corfiotto di un secondo libro con 117 pareri inediti (per l'intricata materia cfr. ora l'informatissimo e puntuale riepilogo fornito da M.G. DI RENZO VILLATA, *Bartolo consulente nel 'penale': un'auctoritas indiscussa?*, in *Bartolo da Sassoferrato nella cultura europea tra Medioevo e Rinascimento*, a cura di V. Crescenzi e G. Rossi, Sassoferrato-Urbino, Istituto Internazionale di Studi Piceni «Bartolo da Sassoferrato» — QuattroVenti, 2015, pp. 25-62: 30-33); esso reca l'*incipit* «Statuto Castris Plebis» e

pagina del Cipolla e dunque ad una fonte intrinsecamente legata ad un caso concreto, il rimando a due processi svoltisi rispettivamente a Bergamo e a Bologna, richiamati nelle sue opere da Alberico da Rosate, non per caso indicato da contemporanei e posteri come *summus practicus* (44).

da esso è stata escerpita la *regula* citata nel testo; riportiamo il passo per esteso: « Statuto Castri Plebis cavetur quod quicumque reperitur exbannitus et condemnatus pro aliquo maleficio personali a l. libr. supra, possit impune offendi. Contingit quod Angelus occidit quendam bannitum pro furto in c. libr. Queritur an ex dicto homicidio veniat puniendus et c. Ista questio habet duo dubia. Primo an eo quod statutum permittit aliquem offendi videatur permittere illum occidi. Ad quod dico quod sic. Nam offensio dicitur omnis actus ex quo pena resultat, ut l. In testamento, ff. de manumis. test. (D.40,4,51,1) sed ex homicidio regulariter resultat pena ergo homicidium est offensa; cum igitur per statutum permittatur offendi simpliciter, ergo et occidi sit offendi, ut dictum est. Pena vero quae alias ex dicto homicidio resultaret per statutum admittitur, cum permittitur impune offendi. q. d. ». In verità Bartolo, con metodo per lui non insolito, si cimenta nel fornire in subordine anche un'altra spiegazione del testo statutario, egualmente nel senso di ricomprendere nella previsione normativa anche l'omicidio: « Omnis actus quo quis ad iracundiam provocatur dicitur offensa, ut C. de inoffi. testa. l. Filia in orbitate (C.3,28,20) et l. Si maritus (C.3,28,22) et de ver. sig. c. ex parte in Christo (X.5,40,23) et c. seq. (X.5,40,24) sed per actum homicidii quis ad iniuriam provocatur, ergo homicidium est offensa, ergo cum per statutum permittatur impune offendi permittitur homicidium, casus est, de homicidio, c. fin. lib. 6. (VI.5,4,3) » (*Consilia, Questiones et Tractatus Bartoli Saxoferratenensis...*, Venetiis, per Baptistam de Tortis, 1529 (i.e. 1530) [rist. anast. cur. G. Polara, Roma, Il Cigno Galileo Galilei, 1996], f. 56v, pr. e n. 1); quest'ultima proposta però è palesemente più debole e non estendibile ad ogni caso, cosicché Cipolla si limita a citare la prima, più generale e convincente. Per un'esposizione del contenuto del *consilium* qui richiamato cfr. ancora DI RENZO VILLATA, *Bartolo consulente nel 'penale': un'auctoritas indiscussa?*, cit., pp. 54-55.

(44) « Et ita dum esset questio de facto in civitate Pergami ubi est tale statutum fuit optentum per Alb. de Rosa. et fuit hic tempore domini Federici de la Scala qui habebat magnos peritos in curia sua et ita etiam fuit determinatum Bono. per collegium doc. Bononie tempore d. Adigerii de la Senaza potestatis Bononie in persona Tomasii de Bochadellis secundum Odofredum ut refert Alb. de Rosa. in dicta l. quarta, Quod si iterum, ff. de adim. leg. (D.34,4,4) et in suo opere statutorum in quarta parte q. XVIII. et per eundem habetur in l. Si servus, C. de his qui ad ecclesias confugiunt (C.1,12,4) »: CIPOLLA, *cons.* V, ed. cit., f. 251vB. Conforme la trattazione che leggiamo nell'*Opus statutorum* di Alberico, che cita appunto il caso di cui egli stesso era stato protagonista a Bergamo, quando aveva ottenuto che prevalesse in giudizio l'interpretazione ampia dello statuto, mandando assolto l'uccisore di un bandito, « maxime quia dictum statutum in ipsa civitate longis temporibus sic fuerat intellectum et interpretatum », e più in generale propone un'esauriente ricapitolazione del tema (ALBERICUS DE ROSATE *Super*

A riprova di quel costante lavoro di rielaborazione, completamento e adeguamento che la dottrina si accolla nei confronti del diritto positivo, per ottenere regole migliori e più eque, la giurisprudenza ha ritenuto comunque di porre un limite sostanziale alla portata della regola statutaria:

Et predicta debent intelligi quando bannitus est quis ex maleficio, ex quo ingerebatur pena mortis, quia tunc est licitum bannitum occidere vigore predicti statuti. Secus si ex leviori crimine, ut l. 1. 2. et fina. ff. de his qui sibi mortem consciverunt (D.48,21,1; 2; 3). Durum enim esset quod bannitus ex levi maleficio posset interfici, ut nota Gandinus in fine operis sui, in ultima questione ⁽⁴⁵⁾.

Dopo aver dimostrato che il disposto normativo ammette anche l'uccisione del bandito, si introduce dunque una limitazione assolutamente sensata e coerente con il sistema sanzionatorio com-

statutis, in ALBERICI DE ROSATE ET BALDI DE PERUSIO *Singularis in statutorum materia tractatus...*, Lugduni, Vincentius de Portonariis de Tridino de Monte Ferrato, 1529, IV pars, q. XVIII, f. 57r-v: 57v, n. 4), dove rilevante è anche il circostanziato richiamo della tesi del Gandino, con la distinzione tra lettura di stretto diritto ed equitativa, esposta nel suo *De maleficiis*, ricordata anche dal Cipolla (su cui *infra* nel testo). Alberico espone il problema, più sinteticamente ma con i medesimi esempi e le stesse argomentazioni, anche nei *Commentari all'Infortiatum*: ALBERICI DE ROSATE BERGOMENSIS... *In Secundam Infortiati Partem Commentarii*, Venetiis, 1586 (rist. anast. Bologna, Forni, 1978), *ad l. Quod si iterum*, 4. ff. *de adimendis, vel transferendis legatis, et fideicommissis* (D.34,4,4), f. 102r, nn. 1-2, con rimando esplicito appunto alla più estesa *quaestio XVIII* della quarta parte del suo *Opus statutorum*. Quanto alla norma statutaria richiamata, essa fu confermata nel nuovo testo del 1331 a cui collaborò anche Alberico (*collatio IX*, cap. XXXIII (44): *De offensa illata bannito ex maleficio, quod sit impunita*: « Item quod omnis offensa realis et personalis, qualiscumque sit, illata alicui bannito pro malefitio, sit et remaneat impunita, nisi esset ipse bannitus in fortiam domini vicarii et comunis Pergami »: *Lo statuto di Bergamo del 1331*, a cura di C. Storti Storchi, Milano, Giuffrè, 1986, p. 181) e la troviamo ancora, pressoché invariata, nella redazione del 1353 (*Lo statuto di Bergamo del 1353*, a cura di G. Forgiarini, Spoleto, CISAM, 1996, *collatio IX*, cap. 99, p. 222).

⁽⁴⁵⁾ CIPOLLA, *cons.* V, ed. cit., f. 251vB. La citazione del Gandino, come anche negli altri casi di allegazioni dottrinali, è corretta; come prima *ratio* contro l'estensione della norma statutaria il giurista invoca proprio l'ipotesi che il delitto da cui è originato il bando non prevedesse la punizione con la pena di morte e su tale aspetto tornerà anche nella *solutio*: « Et primo videtur, quod non possit multis rationibus: Quid enim, si ille bannitus erat bannitus ex tali delicto, ex quo mortem non debebat incurere, nec ad mortem erat condemnatus [...] » (KANTOROWICZ, *Albertus Gandinus und das Strafrecht der Scholastik*, cit., p. 414).

plessivo, oltre che ispirata a un criterio di giustizia tendente a contenere il ricorso alla violenza da parte dei privati, specie se disgiunto dalla necessità di qualunque motivazione giustificativa: si vuole infatti che il bandito possa essere impunemente ucciso solo quando il reato per il quale ha subito il bando preveda a sua volta la pena di morte. Molto eloquente la duplice *solutio* offerta dal Gandino alla *quaestio* già citata, segno di un disagio oggettivo percepito dal giurista, che pure ammette il grande peso dell'*argumentum* ricavato dal fatto che la consuetudine sia favorevole all'immunità dell'omicida del bandito (« Sic et consuetudo interpretari videtur, ut patet omnibus, quia videmus homines bannitos occidi sine pena, et sic ab ea consuetudine non est recedendum »⁽⁴⁶⁾):

Solutio. Dupliciter potest solvi hec questio, una per viam rigoris, alia per viam equitatis. Per viam rigoris, cum consuetudo generalis sic interpretari videtur seu videatur, et talis videatur omnium opinio, ut possit occidi. A tali opinione non est recedendum [...]; sic propter contumaciam de non capitali efficitur capitalis [...] et sic plus veniet in executione, quam in sententia propter contumaciam. Secunda via est distinguendum, ex quo delicto sit condemnatus et exbannitus: ut, si sit ex delicto, quod ingerat penam mortis, occidi possit, alias non, sicut alias distinguitur [...] Hanc questionem sic terminavit dominus Martinus de Fano⁽⁴⁷⁾.

Si tratta pertanto, *ad evidentiam*, di una integrazione della norma tanto opportuna e condivisibile quanto estranea alla lettera dello statuto e forse anche allo spirito di una disciplina sanzionatoria così dura e priva di gradazioni. Siamo insomma di fronte ad uno di quei frequenti casi nei quali lo statuto deve essere integrato e corretto rispetto al suo tenore letterale per evitare che produca effetti iniqui e il diritto comune (cioè la scienza giuridica che ne è l'anima e l'artefice) svolge la funzione essenziale del sale che evita che la carne marcisca, secondo la famosa immagine impiegata da Baldo degli Ubaldi nel commento alla *l. Omnes populi*: « [...] aut est certissima mens statuti, et qualitas mentis istius statuti, et tunc praecise debet stari ipsi statuto, aut non est certa qualitas mentis ipsius statuti, et tunc recurritur ad granum salis, id est ad ius

⁽⁴⁶⁾ Ivi, p. 417.

⁽⁴⁷⁾ *Ibidem*.

commune, ne marcescat » (48). Di nuovo, come in altri innumerevoli casi, siamo al cospetto di una soluzione elaborata dai giuristi (Cipolla cita correttamente *in primis* Alberto Gandino e l'impostazione problematica del tema riversata nella articolata *quaestio* citata *supra*, che a sua volta rimanda a Martino da Fano) ed infine sposata in modo corale dai *doctores legum* delle generazioni successive, come testimoniato da Nello da San Gimignano e da Baldo (« et hoc etiam tenuit solemniter doctor d. Nellus de S. Geminiano in suo elegantissimo tractatu bannitorum in 7. q. secundae partis secundi temporis, ubi dicit quod ita communiter observatur, et quod ita etiam Bal. consuluit » (49)) e per questo recepibile dai pratici con fiducia, riguardo alla sua fondatezza, tanto formale quanto sostanziale, e di conseguenza anche per la sua concreta funzione di scarico di responsabilità per il giudice che l'accoglie e decide in conformità.

L'attenta disamina del disposto statutario non lascia dunque adito a dubbi; stante la gravità del delitto commesso da Gasparino

(48) BALDO DEGLI UBALDI, *Commentaria in primam Digesti Veteris partem*, Venetiis, apud Iuntas, 1572, ad l. *Omnes populi*, 9. ff. *de iustitia et iure* (D.1,1,9), n. 77.

(49) CIPOLLA, *cons.* V, ed. cit., f. 251vB. La *quaestio* citata è certamente molto più complessa di quanto lasci trasparire Cipolla, anche se è facile riscontrare una spiccata circolarità (*rectius*: una pedissequa ripetitività) di allegazioni ed *exempla*. Per il sangimignanese « haec quaestio est ponderosa, ideo aliquantulum instabo »: NELLI A SANCTO GEMINIANO, CIVIS FLORENTINI, IURECONSULTI CLARISSIMI *Tractatus insignis de bannitis*, Lugduni, apud haeredes Iacobi Giuntae, 1550, f. 76r-v: f. 76r, n. 2. In verità il tema della liceità dello statuto che ammette l'impunità per l'omicida del bandito era già stato toccato nella q. I, *pars prima secundi temporis*: « Primo ergo quaero, an valeat statutum, quo cavetur, bannitum pro maleficio posse impune occidi. Haec quaestio est multum nota et trita et propterea in ea non instabo ». Il giurista qui fornisce subito una indicazione sintetica ma decisiva, che sposta il discorso sul piano della finalità politica ultima dell'attività repressiva dei crimini, legittimando in tal modo la configurazione del bando proposta dagli statuti e dando conto anche di una evoluzione del suo pensiero su questi temi: « Concludens quod cum tale statutum fiat ad publicam utilitatem, tum ut homines a delinquendo terreatur, scientes se postea posse impune occidi, tum ut maleficia non remaneant impunita [...] dicendum est tale statutum valere. [...] Et licet alias dixerim istud intelligi verum quando bannitus fuerat ex causa ex qua ei capto debeat irrogari mors, quod etiam tenuit Ray. in repetitione l. *Omnes populi*, tamen nunc dico indistincte valere. Non enim solum hoc statutum propter delictum, ob quod bannitus fuit, sed etiam propter eius contumaciam et inobedientiam factam suo principi, l. *Omnes populi*, et sic si ei mors irrogatur, non fit contra ius [...] » (ivi, ff. 29v-30r, nn. 1-2).

il bando che lo aveva colpito si doveva intendere come legittimante chiunque ad ucciderlo impunemente, sulla base del diritto positivo correttamente interpretato, come testimoniato dall'*opinio communis* dei giuristi più autorevoli espressi in argomento: « Ex quibus omnibus indubitanter concluditur, quod cum dictus Gasparinus fuerit bannitus propter homicidium commissum quod vigore dicti statuti terre Salodii regulariter potuisset impune occidi »⁽⁵⁰⁾.

6. *Diritto naturale vs statuto: la prevalenza dei vincoli familiari sulla disciplina del bando.*

A questo punto però il lavoro interpretativo non è terminato e l'esito per i due assassini poi unitisi in matrimonio non è l'assoluzione. L'attenzione si sposta sul secondo nodo interpretativo, cioè sul fatto che a commettere il veneficio sia stata la moglie; Cipolla affronta dunque un nuovo tornante argomentativo per stabilire se questa ipotesi configuri un'eccezione alla regola appena ribadita dell'impunità per l'omicida del bandito. La variabile che si introduce in tal modo riguarda specificamente non tanto la diversità di genere quale fattore capace di determinare una diversa disciplina del reato o una diversa determinazione o quantificazione della pena⁽⁵¹⁾, quanto la condizione della rea quale moglie della vittima, cioè il fatto che il crimine si sia consumato entro la famiglia, a danno del marito.

(50) CIPOLLA, *cons.* V, ed. cit., f. 251vB. Notiamo che la migliore dottrina aveva inteso distinguere anche tra il *bannitus ex maleficio* e quello *ex contumacia*, dove il presupposto nel secondo caso non era dunque la commissione di un delitto bensì la mancata presentazione in giudizio; la soluzione cui si giunge è però quella di accomunare le due figure, sul presupposto che la *inobedientia* al giudice, ovvero la *denegatio iurisdictionis*, sono già in sé un crimine, che deve essere punito; il bandito può dunque anche in questo caso essere impunemente ucciso; si sofferma su ciò ancora Alberico da Rosate nella q. XXII della *pars* IV del suo *Opus statutorum* (ai ff. 57v-58r dell'edizione citata), ponendo il quesito « Bannitus propter contumaciam an possit offendi sicut bannitus ex maleficio ».

(51) Sul tema, non particolarmente considerato dalla storiografia fino ad anni recenti, si veda introduttivamente la chiarificatrice messa a punto di M. SBRICCOLI, 'Deterior est condicio foeminarum'. *La storia della giustizia penale alla prova dell'approccio di genere*, in *Innesti. Donne e genere nella storia sociale*, a cura di G. Calvi, Roma, Viella, 2004, pp. 73-91, ora in *Id.*, *Storia del diritto penale e della giustizia*, cit., tomo II, pp. 1247-1265.

Naturalmente, come ad ogni passaggio logico importante, la questione merita il consueto approccio dialettico fondato sullo schieramento di ragioni *pro et contra*, di solito scaturite da annose diatribe dottrinali e da ripetuti pronunciamenti giurisdizionali: il quesito infatti non è nuovo, essendo già emerso sovente a causa della lacunosità degli statuti, che dettano norme troppo sintetiche ed approssimative e lasciano insoluti troppi problemi per poter trovare applicazione immediata e non controversa.

Come al solito, la posizione esposta per prima è quella che poi si rivelerà più debole e verrà infine accantonata; nel nostro caso, si tratta della tesi che equipara la moglie al marito e ritiene quindi che il bando giochi a favore dell'assoluzione di Domenica: « His ita premissis est modo videndum nunquid d. Dominica potuerit impune ipsum Gasparinum predictum maritum suum veneno necare causa accipiendi dictum Antoniolum pro marito suo. Et videtur dicendum quod sic »⁽⁵²⁾. Gli *argumenta* in questo senso in verità non mancano e sono esposti con ordine dal Cipolla: in primo luogo il criterio ermeneutico generale e generico per cui (di nuovo) le parole usate senza specificazioni particolari devono intendersi nel loro significato più ampio (« quia si illud statutum intelligitur quod bannitus possit occidi et loquitur simpliciter et indistincte, ergo simpliciter et indistincte debet intelligi ab omnibus »⁽⁵³⁾); poi una considerazione più mirata, riguardante la finalità di politica del diritto che ha indotto ad introdurre la norma statutaria e che viene individuata nella ricerca dell'utilità e della pace comuni (« quia illud statutum est introductum pro communi utilitate et quiete »⁽⁵⁴⁾): per questo non sembra opportuno restringere la portata della norma, posta a tutela di tutti; la terza ragione punta sulla qualità di nemico del marito bandito e sulla sua perdita della cittadinanza e quindi della relativa protezione dell'ordinamento; il quarto motivo è quello che richiede una illustrazione più articolata, poiché invoca l'analogia con la situazione del figlio che non commette un delitto e resta indenne da conseguenze penali se uccide il padre che va contro la propria città. In proposito il testo allega l'autorità di Bartolo, il quale

(52) CIPOLLA, *cons.* V, ed. cit., f. 251vB.

(53) *Ibidem.*

(54) *Ibidem.*

ricorda che una tale *quaestio* si era posta a Todi (dove egli aveva svolto funzioni di assessore al maleficio) ed era stata risolta nel senso di ritenere il figlio non punibile (« fuit consultum quod filius posset impune patrem occidere ») ⁽⁵⁵⁾. La chiosa bartoliana è illuminante, poiché porta in primo piano la ragione sostanziale di quella soluzione, cioè la trasformazione del bandito in nemico della *civitas* e transfuga, privato di conseguenza di cittadinanza e patria potestà; per converso Bartolo svaluta in modo esplicito il riferimento legalistico alle norme romane, pur allegate inevitabilmente nel *consilium* offerto al magistrato tuderte, data l'estraneità del bando all'esperienza giuridica di Roma antica: « Et dicit Bar. quod nescit per que iura sed allegat rationem, nam bannitus efficitur hostis et transfuga civitatis, ut l. Amissione, §. Qui deficiunt, ff. de capitis dimi. (D.4,5,5,1) et sicut perdit civitatem ita etiam filiationem ut l. Postliminium, §. Filius, ff. de captivis (D.49,15,19,7) [...] » ⁽⁵⁶⁾. Il fondamento normativo romanistico del bando è dunque quantomeno dubbio e difficile da indicare persino per un giurista della levatura di Bartolo, ma chiare sono invece le conseguenze, di gravità estrema, coerenti con il disegno dell'istituto e le sue finalità.

Il cerchio argomentativo può così chiudersi, poiché non pare ragionevole non concedere alla moglie ciò che è lecito al figlio, nel momento in cui questi si trova senz'altro in una condizione di maggiore soggezione, tanto che il padre può addirittura vendere il figlio per estrema indigenza, se ridotto alla fame, mentre per converso il figlio deve prevedere nel testamento che il padre possa ereditare la sua quota legittima, pena l'invalidità dell'atto in caso di *querela inofficiosi testamenti*, ed è prescritto inoltre che il padre

⁽⁵⁵⁾ Ivi, f. 252rA. Cipolla allega con grande precisione, *de verbo ad verbum*, il passo bartoliano, nel quale il maestro perugino rigetta l'opposta tesi di Dino Mugellano: *Commentaria Domini Bartoli de Saxoferrato... in Secunda parte Digesti Novi*, Venetiis, per Baptistam de Tortis, 1526 [rist. anast. cur. G. Polara, Roma, Il Cigno Galileo Galilei, 1996], *ad l. Si adulterium cum incestum*, §. *Liberto*. ff. *Ad legem Iuliam de adulteris coercedis* (D.48,5,39,9), f. 188r.

⁽⁵⁶⁾ CIPOLLA, *cons.* V, ed. cit., f. 252rA. Ciò non toglie che i riferimenti ai passi del *Digesto* citati, concernenti le conseguenze della *capitis deminutio* e del postliminio, siano comunque utili per il giurista medievale per spiegare il tipo di reazione dell'ordinamento di fronte al bandito. La posizione di Bartolo non è comunque isolata: Cipolla cita sul punto anche quella di Bartolomeo da Saliceto.

succeda *ab intestato* al figlio ove manchino discendenti di quest'ultimo: tutti casi nei quali non si prevede un parallelo nei rapporti tra i coniugi, « quia maior videtur esse reverentia et obedientia quam debet filius erga patrem quam uxor erga maritum »⁽⁵⁷⁾. In definitiva, ciò è perfettamente logico alla luce della considerazione in chiave sistematica dei diversi reati, poiché il parricidio è crimine di gravità massima, che quindi supera quella dell'omicidio del marito, come appare chiaro dalla pena maggiore prevista nel primo caso, dato che la gravità della pena è direttamente proporzionale a quella del delitto:

Item quia maius delictum videtur esse interficere patrem, quam maritum, quod pater ex genere sui delictum videtur esse interficere patrem quam maritum, quod patet ex genere pene, quia ubi maior pena imponitur, ibi videtur esse maius delictum [...] Nam maior pena imponitur filio interficienti patrem quam uxori interficienti maritum videtur esse casus in l. pe. Pena parricidii (D.48,9,9,pr.) coniuncta l. prima, in verbo uxorem, ff. ad l. Pompeiam de parricidiis (D.48,9,1)⁽⁵⁸⁾.

Nonostante ciò, questa opzione ricostruttiva viene accantonata, poiché ad avviso di Bartolomeo Cipolla *argumenta e rationes* militanti per la soluzione opposta sono da considerarsi decisamente prevalenti (anche dal punto di vista puramente quantitativo, essi si articolano in dieci argomenti, sviluppati nel triplo dello spazio concesso a quelli contrari) in piena consonanza con la dottrina precedente, di cui egli riporta fedelmente le tesi. Pertanto « In contrarium videtur quod dicta Dominica uxor non poterit impune veneno necare dictum Gasparinum maritum suum causa accipiendi

⁽⁵⁷⁾ *Ibidem*. Riportiamo per esteso il passo: « si istud est concessum filio, ergo idem videtur esse concessum uxori, quia maior videtur esse reverentia et obedientia quam debet filius erga patrem quam uxor erga maritum, quia pater potest vendere filium propter necessitatem famis, ut lege secunda. C. de patribus qui filios distraxerunt, quod non reperitur in marito ut possit vendere uxorem. Item quia filius tenetur restituere patrem in legitima alias testamentum rumpi potest per querelam inofficiosi testamenti, ut habetur in auth. Novissima, C. de inoffi. testamento sed non uxor maritum instituere tenetur, ut habetur in l. Papinian. §. Sed nec impuberes, C. de inoffi. testa. Item ab intestato succedit pater filio non extantibus descendantibus ipsius filii, ut habetur in auth. Defuncto, C. ad Tertulianum et in corpore unde sumitur, sed non uxor marito ut l. 1. C. unde vir et uxor »: *ibidem*.

⁽⁵⁸⁾ *Ibidem*.

alium maritum » (59). Il coeso quadro di riferimento delle ragioni che militano con forza per l'esclusione anche in tale situazione eccezionale della possibilità per la moglie di uccidere il marito è connotato, ancor prima che in senso giuridico, in chiave diremmo oggi socio-antropologica, con una sottolineatura forte della valenza religiosa del rapporto matrimoniale: non è ammissibile né quasi pensabile l'esercizio del massimo grado della violenza all'interno di una relazione interpersonale talmente stretta da far scolorire e quasi scomparire il senso dell'alterità tra i due coniugi, sostituendola con la nuova condizione di due soggetti divenuti « una caro et una et eadem persona unde de marito et uxore dicitur, os ex ossibus meis et caro de carne mea » (60). I riferimenti al diritto canonico non meno che al diritto romano suffragano tale visione del coniugio ed impediscono dunque di leggere lo statuto in modo da rendere legittimo infrangere impunemente quella comunione così stretta e per definizione indissolubile, per cui uccidere il coniuge è quasi un atto di violenza rivolto contro sé stessi, tanto che potrebbe pressoché parificarsi al suicidio (61).

La tipica dialettica *ius proprium-ius commune* in questo caso emerge con evidenza, funzionando in modo da porre alti argini alla libertà di estrapolare qualsivoglia contenuto dalle grezze ed insufficienti previsioni statutarie, evitando così che l'autonomia dello statuto, formalmente non in questione, confligga con i superiori

(59) *Ibidem.*

(60) *Ibidem.*

(61) « Et primo quia maritus et uxor reputantur una caro et una et eadem persona unde de marito et uxore dicitur, os ex ossibus meis et caro de carne mea. Et propter hoc reliquet homo patrem et matrem et adherebit uxori sue et erunt duo in carne una, ut est tex. in c. debitum Extra de bigamis (X.1,21,5) et in c. gaudemus, §. 1. Extra de divortiis (X.4,19,8,1), et ideo uxor dicitur socia divine et humane domus, ut l. Adversus, C. de crimine expil. hered. (C.9,32,4) et probatur in l. 1. ff. de rerum amotarum (D.25,2,1) et in l. 1. ff. de ritu nuptiarum (D.23,2,1), unde cum censeatur una et eadem persona non debemus dicere quod statutum voluerit quod unus posset alium interficere maxime cum tale statutum sit stricti iuris et contra ius commune, ut dixi supra. Secundo probatur nam si statutum permittit quod bannitus possit offendi bannitus non poterit seipsum offendere. ut no. Bal. in l. 1. in pe. col. in fi. per glo. ibi C. de servis et probatur in c. si non licet, in prin. XXIII. q. 5. ergo nec debet licere eius uxori que dicitur una caro ut dixi. Et habetur in c. 1. in princ. Extra, de bigamis (X.1,21,1) et XIII. q. 2. Ebron (C. 13, q. 2, c. 2) »: *ibidem.*

principi posti dai due diritti universali ed in concreto giunga a contraddirli. Nei fatti, arbitri di questa costante interazione tra i diversi ordinamenti e garanti della sua efficacia sono i giuristi i quali, mediante l'*interpretatio*, stabiliscono fino a che punto il sistema può sostenere l'applicazione delle norme statutarie e in quale momento (accertata l'esistenza di un contrasto, « cum tale statutum sit stricti iuris et contra ius commune ») debbano scattare le limitazioni derivanti dal diritto comune, che contiene e tutela principi giuridici sovraordinati e prevalenti rispetto alle caotiche e lacunose previsioni poste dallo *ius proprium* statuario. Il risultato consiste nell'enucleazione di una disciplina che integra creativamente le varie componenti del sistema e che, nella sua veste finale ed effettivamente applicata, non si legge né nel *Corpus iuris civilis* o nel *Corpus iuris canonici* né negli statuti locali, bensì emerge *ex novo* nelle tesi messe a punto dai giuristi, autori di opere « dottrinali », cioè autorevoli ma formalmente non vincolanti per alcuno, percepite tuttavia dalla prassi come cogenti. Sono i *doctores* che forgiavano gli istituti secondo i bisogni, in virtù del loro sapere tecnico e di una investitura sociale e politica forte, senza essere impacciati in tale lavoro da alcuna remora formalistica e legalistica ⁽⁶²⁾.

Su tale base Cipolla svolge poi una serie di considerazioni che riguardano, da un lato, la soggezione variamente manifestantesi della moglie al marito, incoerente ed incompatibile con l'uccisione di quest'ultimo e, dall'altro lato, la disciplina di situazioni simili, dalle quali si può ricavare per via di analogia il divieto di ricorrere al bando per nuocere al marito. Così, la moglie è tenuta a seguire il marito allontanato e addirittura ad occuparsi del sostentamento del coniuge bandito ed è facile trarne la conclusione, per cui « [...] nota

⁽⁶²⁾ Poter giocare contemporaneamente su più tavoli e poter persino dettare le regole del gioco sul filo di una *declaratio/interpretatio* declinabile nei modi più diversi, in vista di risultati anche molto lontani tra loro, attribuisce oggettivamente ai *legum doctores* una libertà (ri)costruttiva davvero notevole ed innegabile, anche verso il diritto romano. Nel nostro caso, ad es., rileviamo che le norme romane invocate per sancire l'inestricabile ed indissolubile comunanza di vita dei coniugi in origine si inserivano pur sempre in un contesto che prevedeva il divorzio, e ciò produceva un'ovvia relativizzazione del senso e della portata di quelle pur eloquenti massime giuridiche, che assumono invece peso e senso ben diverso se inserite nell'ordinamento medievale, nella cornice del matrimonio cattolico, sacramento indissolubile.

Bartolus [...] quem ergo mulier debet sequi et alere et defendere non debet offendere » (63). In verità, tutte le volte in cui lo statuto si esprime in modo generico, ciò non significa che abbia valenza universale e si possa automaticamente applicare a tutti, perché le diverse situazioni devono comunque essere sorrette dalla medesima *ratio*, condizione palesemente assente nel caso della moglie rispetto ad un qualsiasi soggetto terzo che uccida colui che è stato colpito dal bando (« [...] statutum loquitur indefinite, sed indefinita non equipollet universali si in quolibet non est eadem ratio [...] sed non est dubium quod non est eadem ratio in uxore que est in extraneo interficiente bannitum, immo est penitus diversa, ergo et c. » (64)).

Quanto alle situazioni che si possono richiamare come somiglianti onde estenderne per analogia la disciplina, Cipolla ricorda

(63) Ivi, f. 252rB.

(64) *Ibidem*. Significative le allegazioni dottrinali, sia canonistiche che civilistiche ed *in primis* quella di Bartolo, che nella *repetitio* sulla *l. Omnes populi* sostiene appunto la posizione ricordata da Cipolla, anche se entro un ragionamento molto più dettagliato e puntuale, che distingue tra l'equiparazione tra *verba* indefiniti e generici e *verba* universali dovuta ad una interpretazione motivata dalla *benignitas* tipica dell'ordinamento canonico (si cita Dino del Mugello — divenuto erroneamente Cino nel *consilium* cipolliano — e il suo celebre commento al *De regulis iuris* del *Liber Sextus*, e specificamente il luogo della *praefatio super rubrica* dove Dino si sofferma appunto (*Circa secundum scilicet qualiter regula constituatur*) sulla differenza tra la previsione normativa — nel suo caso, le *regulae iuris* stesse — espressa con parole generiche e quella con parole di portata universale: DINUS, *De regulis iuris*, Lugduni, in calchographia Jacobo Myt, 1533, ff. 4r-5r) ed invece la corretta spiegazione del senso delle parole che si deve perseguire in ambito statutario, procedendo ad una loro *congrua expositio* ed evitando piuttosto una vera *interpretatio*, anche se poi rimanda all'eventuale individuazione di una *eadem ratio* dei termini generici usati nello statuto e di quelli universali, che vuol dire pur sempre — nota Bartolo — indagare la *mens legis* e dunque interpretare: « Quandoque in statuto sunt verba indefinita, tunc utrum equipollet universali, in aliis dispositionibus habemus doctrinam traditam per Dynum Extra de regulis iuris, lib. 6. super rubrica [...] Sed an illa doctrina sit servanda in statutis est dubium consistens in hoc, an eo casu quo indefinita aequipollet universali, illud sit ex propria significatione vocabuli, an ex illa interpretatione seu benigneitate [...] si sic, ergo non debemus a propria recedere, nisi aliud appareat de mente. Sed tamen dico quod congrua expositio est ut equipollet universali in his in quibus est eadem ratio, licet hoc sit de interpretatione. Et hoc videtur esse de mente statutentium [...] » (*Commentaria Domini Bartoli de Saxoferrato in Primam partem Digesti Veteris*, Venetiis, per Baptistam de Tortis, 1526 [rist. anast. cur. G. Polara, Roma, Il Cigno Galileo Galilei, 1996], *ad l. Omnes populi*, 9. ff. de iustitia et iure (D.1,1,9), f. 13v, n. 57).

che tanto il fratello quanto il vassallo quanto il figlio del bandito non possono uccidere impunemente il congiunto ovvero il *dominus*, cosicché la moglie non può evitare che il medesimo divieto valga anche nei suoi confronti, dal momento che per un verso si trova in condizione di maggiore soggezione (« ergo multominus debet licere uxori virum interficere vel veneno necare » ⁽⁶⁵⁾) e per l'altro il matrimonio l'ha posta in uno stato di unione materiale e spirituale pressoché totale col marito: « Immo dico fortius a maiortate rationis, si filio non licet patrem interficere ergo multominus licebit uxori, quia maius vinculum est inter virum et uxorem quam inter patrem et filium, quia sunt duo in carne una ut dixi » ⁽⁶⁶⁾; ancora una volta questa posizione viene convalidata invocando l'*idem sentire* della migliore dottrina applicatasi al tema, da Egidio Foscarari a Nello da San Gimignano ad Alberico da Rosate. La conferma che l'uccisione del coniuge sia da considerarsi un delitto più grave del parricidio si ricava anche dalla pena prevista: « Cum ergo imponatur maior pena interficienti coniugem quam interficienti patrem, ergo reputatur maius delictum coniugis [...] » ⁽⁶⁷⁾. Come accade sovente nello sviluppo della *quaestio* col metodo dialettico, tanto caro a questi autori, assistiamo così al ribaltamento dell'*argumentum* portato poco sopra a sostegno della tesi opposta: il criterio della entità della pena resta confermato come elemento probante altamente attendibile per sviluppare una tassonomia che consenta di graduare la gravità dei diversi crimini, ma una diversa lettura delle (medesime ed invariate) previsioni normative induce a invertire il ragionamento giungendo al risultato opposto.

7. *Non solo teoria: risposte efficaci per un'equa decisione della causa.*

Assumendo dunque l'omicidio del marito come più grave di quello del padre, diventa essenziale ribadire che già il parricidio è comunque inammissibile ed esula dalla operatività dello statuto che consente di togliere la vita al bandito senza conseguenze penali. Il

⁽⁶⁵⁾ CIPOLLA, *cons.* V, ed. cit., f. 252rB.

⁽⁶⁶⁾ *Ibidem.*

⁽⁶⁷⁾ *Ibidem.*

breve ma denso *excursus* offerto sul punto invoca ancora l'autorità di Alberto Gandino, Dino del Mugello, Nello da San Gimignano, Alberico da Rosate, Francesco Accolti d'Arezzo⁽⁶⁸⁾, che si muovono tutti nel solco di quanto già indicato dalla Glossa Magna, nel tentativo di trarre in qualche modo dalle norme romane indicazioni che consentano di configurare al meglio un istituto come quello del bando, tanto importante quanto oggetto di una disciplina statutaria a dir poco lacunosa, da profilare al meglio per via d'interpretazione. Ne discende una *communis opinio* che esclude l'operatività dell'esenzione prevista dagli statuti per l'uccisore del bandito a vantaggio del figlio parricida, invocando la prevalenza del diritto comune e di quello naturale su quello positivo particolare e riducendo in tal modo la portata dello statuto; il rilievo di questa posizione dottrinale, esempio di come la scienza giuridica assuma scientemente un ruolo attivo di riprofilatura dei contenuti statutari alla luce del loro confronto con sistemi normativi concorrenti e in sostanza sovraordinati, con conseguenze d'immediata e considerevole rilevanza pratica, si ricava dal fatto che non si esiti a contraddire l'*opinio Bartoli*, come visto *supra* schierata sul punto ad affermare la vigenza dello statuto anche nei confronti (cioè in questo caso a favore) del figlio omicida.

La preoccupazione di Bartolo era quella di difendere la *civitas* dai suoi nemici conclamati e pertanto il giurista perugino si era risolto ad ammettere la legittimità del bando, pur senz'altro eccezionale rispetto ai principi romanistici accolti nello *ius commune*, che puntava sull'esclusione assoluta e perpetua dal godimento dei diritti civili per ottenere piena efficacia repressiva contro gli *hostes civitatis*. Non è difficile tuttavia per i giuristi citati poco sopra (e per Cipolla con loro) rigettare la posizione bartoliana come priva di consistenti

(68) Si noti la diversificata varietà di opere che il giurista di diritto comune deve padroneggiare per recuperare il panorama delle opinioni dottrinali in materia: Dino e l'Accolti si esprimono, come Bartolo, nel commento al §. *Liberto* (D.48,5,39,9), divenuto *sedes materiae* sul punto; per il Gandino si rimanda ai luoghi già citati del suo *opus criminalistico*, mentre Alberico redige in merito la q. VI e la q. XXVII della *pars IV* delle *Quaestiones statutorum*, molto brevi perché evidentemente non oggetto di discussione, rispettivamente dedicate al divieto per il figlio (e il liberto) e per il vassallo di uccidere il padre (o il patrono) ovvero il *dominus* colpiti dal bando (ma non v'è una *quaestio* dedicata alla moglie che uccida il marito).

fondamenti giuridici (da reperirsi nel diritto comune) e fondata su considerazioni di natura politica piuttosto che giuridica, in ultima analisi non conclusive:

Et hanc opinionem quod filio non sit licitum patrem bannitum interficere tenet Dy. in dicto §. Liberto (D.48,5,39,9) ut referti ibi et Alb. ubi supra et etiam tenet Gandinus in titulo de bannitis pro maleficio, versi. Continetur in statu. et Alb. de Rosat. in dicta quarta parte statutorum in q. XXVII. et idem tenuit Franci. de Aretio. in dicto §. Liberto. qui dixit quod decisio Bartholi in dicto §. Liberto potius fuit humana quam iuridica. Nam ex eo quod pater captus est non perdit pater ea que sunt de iure communi et naturali, ut habetur in lege Amissione, §. Qui deficiunt, et ibi per Bar. ff. de capitis dimi. (D.4,5,5,1) ut refert dictus Nellus in suo tractatu bannitorum in 2. parte 2. temporis in q. decima. Et per hoc apparet quod non obstat ratio quam ponit Bar. in dicto §. Liberto, quia non concludit. Et istam ultimam opinionem, scilicet quod filio non sit licitum interficere patrem bannitum etiam stante predicto statuto credo esse veriolem, et tutiolem ⁽⁶⁹⁾.

Del resto, eventuali eccezioni alla regola del divieto assoluto di parricidio non possono estendersi senza discernimento poiché riguardano casi diversi: così quello del figlio che uccide il padre bandito perché aveva preso le armi contro la sua patria, e non perché colpevole di omicidio; ovvero quello del figlio che uccide il padre per legittima difesa.

L'elenco delle ragioni che mirano a distinguere la situazione della moglie omicida e a sottrarla alla disciplina del bando prosegue poi richiamando un metodo genericamente applicabile per dirimere i dubbi interpretativi dello statuto, cercando cioè di ipotizzare che cosa avrebbero verosimilmente ritenuto gli autori dello statuto se interrogati sulla questione e come avrebbero integrato di conseguenza il testo: Cipolla ha buon gioco nel concludere tale esercizio logico, tutto incentrato sul concetto della ragionevolezza degli statuti per inferire una soluzione prevedibile e condivisibile « ex

⁽⁶⁹⁾ CIPOLLA, *cons.* V, ed. cit., f. 252vA. Nello aveva riproposto in modo ordinato e completo l'intero problema, ricordando le diverse posizioni dei vari autori, nella q. 10 della II parte del II tempo: « Decimo, viso quod bannitus ut supra potest impune occidi: quaeritur, an pater bannitus possit occidi a filio, dominus a servo, vasallo vel liberto? Dyn. in filio dicebat, quod non in l. Si adulterium cum incestu, §. Liberto, ff. de adult. (D.48,5,39,9) [...] » (NELLI A SANCTO GEMINIANO... *Tractatus insignis de bannitis*, cit., f. 77r-v, nn. 17-19: f. 77r, n. 17).

tacita seu presumpta mente statuentium » (70), ritenendo che nessuno avrebbe accettato l'idea che la moglie potesse avvelenare od uccidere in altro modo il marito senza pagarne le conseguenze, pur entro la cornice di segno opposto del bando.

Cipolla reperisce tuttavia nello statuto di Salò anche un appiglio testuale dal quale poter inferire per analogia senza incertezze la disciplina del caso in questione; si tratta della previsione di un'eccezione alla regola dell'impunità per l'uccisore del bandito per il caso in cui l'omicidio rompa la pace ovvero la tregua: in tal caso il reato verrà punito come se la vittima non fosse stata colpita da bando: « Nam in dicto statuto Salodii dicitur 'Eo salvo quod si offensio fieret tali bannito per illum vel illos qui in pace vel tregua secum forent, perinde maleficium puniatur ac si in banno maleficium non esset offensus'. Ex quibus verbis apparet manifeste quod voverunt quod illi qui sunt in tregua vel pace possint interficere bannitum quod alias de iure fieri potuisset » (71). Così come la salvaguardia della pace (o della tregua) viene considerata dall'ordinamento, con esplicita menzione nello statuto, un interesse pubblico superiore, che prevale su quello di dare esecuzione all'atto di esclusione del bandito dalla comunità politica, si deve ritenere che sia ugualmente prevalente il rispetto della natura del matrimonio inteso come atto che produce l'annullamento dell'identità dei nubendi nell'ottica della loro fusione quasi in un unico soggetto, così come quello dei ruoli entro la famiglia, sanciti dal diritto naturale nonché determinati in concreto dal diritto comune, con la subordinazione senza eccezioni possibili della moglie al marito (72). Invero, l'elucubrazione del giureconsulto veronese è più ardita, giungendo a postulare che la norma statutaria si debba applicare non per via

(70) CIPOLLA, *cons.* V, ed. cit., f. 252vA.

(71) *Ibidem.*

(72) Naturalmente, come ogni volta che s'invoca l'applicazione di norme in via analogica, è evidente che il ragionamento potrebbe essere invertito, in virtù di una lettura opposta delle fattispecie considerate, in astratto possibile; senza contare la sempre incombente obiezione preliminare per cui se il legislatore avesse voluto prevedere la sussunzione di un caso entro una determinata disciplina, avrebbe potuto farlo *apertis verbis*, senza lasciare all'interprete il compito di ricostruirne la volontà, con un inevitabile margine di discrezionalità, se non di arbitrio, insito in tale operazione, non riducibile ad una dimensione puramente conoscitiva e quindi totalmente predeterminata.

analogica bensì perché il suo disposto ricomprende direttamente anche il caso della coppia di sposi; la convivenza tra coniugi, quando si svolge in armonia e concordia, corrisponde infatti, argomenta Cipolla, nel modo più pieno ad uno stato di pace, ad un pacifico esercizio dei propri diritti entro una comunità sancito da un patto, da un accordo di pace (che nel nostro caso sarebbe dunque incarnato dal contratto di matrimonio), anche alla luce delle definizioni del matrimonio fornite dal diritto romano (« consortium omnis vitae ») e della descrizione della moglie quale « socia divinae et humanae domus », più volte richiamata dal giurista, per cui il coniuge — segnatamente la moglie — che rompe questa pacifica convivenza con un atto violento e addirittura con l'uccisione del consorte rientra perfettamente e senza sbavature nella previsione normativa statutaria, per una volta da considerarsi non lacunosa né oscura nel suo dettato:

Sed certum est quod uxor que stat in concordia cum marito suo dicitur stare secum in pace, nam stando insimul comedendo et bibendo dicitur stari in pace, ut probatur per glo. Insti. de iniuriis (*Inst.* 4,4) §. fi. et not. in l. 1. in prin. ff. de pactis (D.2,14,1,pr.). Pax enim dicitur tranquilla libertas a pacto dicta, ut dicit Archi. XXIII. q. 1. Noli (C. 23, q. 1, c. 3) presertim cum ut dixi dicatur esse socia divinae et humane domus per dictam l. Adversus (C.9,32,4) cum similibus et duo in carne una et reliquit quis patrem et matrem et adherebit uxori sue, dicto §. Gaudemus, §. Et quia. Coniunctio maris et femine est consortium omnis vite divini et humani iuris communicatio, ut l. 1. ff. de ritu nup. (D.23,2,1) ⁽⁷³⁾.

Troppo facile sarebbe opporre il rilievo che, se così fosse, l'intera questione non sarebbe sorta e che, comunque, il consulente non avrebbe addotto tale decisivo argomento solo alla fine di una articolata disamina del problema, senza dare certo l'impressione di puntare anzitutto su di esso per convincere il giudice della bontà della soluzione proposta; tra l'altro sul punto specifico della equiparazione della vita coniugale ad una pace formalmente siglata Cipolla non allega alcuna autorità dottrinale a conferma di tale ingegnosa quanto disinvolta ricostruzione. In tal senso notiamo infine che gli *statuta criminalia* delle comunità della riviera del lago di Garda (la riva occidentale, sulla sponda bresciana del Benaco),

⁽⁷³⁾ *Ibidem.*

nelle loro redazioni più tarde, risalenti al 1484 e poi addirittura al 1620 ⁽⁷⁴⁾, dunque posteriori alla causa per la quale Cipolla ha steso il *consilium*, recano sotto la rubrica *Quod banniti de maleficio possint impune offendi* una norma che eccettua esplicitamente da tale impunità, oltre al caso della rottura della pace e della tregua, anche quello della moglie, del figlio e del fratello che offendano (in senso ampio, come già acclarato leggendo il *consilium*, a ricomprendere anche il caso dell'uccisione) il marito, ovvero padre o fratello, di nuovo dimostrando con tale aggiunta che questi ultimi casi non rientravano *de plano* nel perimetro semantico della versione più antica, che non se ne occupava espressamente.

La risposta al primo quesito posto al consulente richiede però di indicare anche in quale situazione venga a trovarsi il complice di Domenica, cioè Antoniolo, prima amante, poi complice nell'ideare e nel portare a compimento l'omicidio del marito; sul suo ruolo determinante nella vicenda delittuosa non vi sono dubbi: egli ha messo a punto con la donna il piano dell'avvelenamento di Gasparino, è andato in città a comprare il veleno e lo ha consegnato a Domenica perché lo somministrasse alla vittima designata. Tuttavia Antoniolo non aveva alcun rapporto di parentela con l'ucciso e quindi non è incongrua la domanda se lo statuto sul bando possa

(74) Si vedano gli *Statuta criminalia totius Communitatis Ripariae Lacus Bænaci Brixienensis*, in *Statuta dataria, criminalia, et civilia totius Communitatis Ripariae lacus Bænaci Brixienensis*, Venetiis, in officina Ioan. Antonii de Nicolinis de Sabio, 1536, cap. CCI, *Quod banniti de maleficio possint impune offendi*, f. 27v; nonché gli *Statuta criminalia*, in *Statuta criminalia et civilia Magn. Communitatis Ripariae, una cum taxis additionibus et reformationibus*, Salodii, apud Haeredes Antonii Comincioli, 1675, cap. CLXXXI, p. 70. Il testo delle norme nelle due redazioni è in tutto analogo, anche se non identico; riportiamo il cap. della versione più antica: « Item, quod omne damnum, iniuria, et maleficium datum, et factum in persona banniti de maleficio, vel rebus, quas secum portat, ex quo poena mortis ingeratur, perpetuo remaneat impunitum, et impunita. Et processus qui fieret per quemcumque rectorem, vel iudicem, sit ipso iure nullus. Eo salvo: quod si offensio fieret illi bannito per illum, vel illos, qui in pace, vel tregua secum forent; perinde maleficium puniatur ac si in banno maleficii offensus non esset. Et hoc salvo: quod uxor non possit offendere maritum bannitum, nec filium patrem, nec frater fratrem, nec econverso, nec audiantur suprascripti banniti in iure petendo, seu agendo, nec testificari possint. [...] ». Come si può notare, la norma non differisce in nulla da quella anteriore, salva appunto l'aggiunta relativa alle *offensiones* causate dai parenti e dalla moglie.

essere applicato a suo favore, separando la sorte processuale dei due amanti ⁽⁷⁵⁾. La risposta del giurista tuttavia è negativa: se l'uomo avesse agito da solo, si sarebbe certamente potuto giovare della norma sul bando, ma la sua accertata qualità di « consocius [...] in tractando de venenando et necando ipsum cum dicta Dominica uxore ipsius Gasparini » ⁽⁷⁶⁾, la quale non poteva valersi dell'impunità, impedisce anche al complice di invocare la norma statutaria più volte richiamata. Di nuovo, la disciplina da applicare al caso viene mutuata da quella prevista per il parricidio: in esso il complice del parricida si vede estendere le norme dettate per il figlio e dunque punire con una pena più grave di quella prevista per il semplice omicidio, che sarebbe stabilita se il terzo avesse agito da solo; nel nostro caso il terzo complice sarà punito come la moglie, anche se sarebbe andato esente da qualsiasi pena ove avesse commesso il crimine da solo. L'estraneo cessa dunque di essere estraneo se correo del figlio ovvero della moglie nei due casi, diversi ma analoghi, ed incorre nelle sanzioni più dure previste per costoro.

In definitiva, la soluzione agli occhi di Cipolla è chiara: « Ex quibus concluditur ad primum dubium principale, videlicet quod non licuit impune ipsi Dominice, nec etiam Antoniolo veneno necare dictum Gasparinum bannitum etiam stante dicto statuto quod banniti possint impune offendi » ⁽⁷⁷⁾.

Residua l'altro quesito principale, circa la pena da infliggere ai due assassini. In merito il consulente individua due profili: in primo luogo egli ritiene che essa dovrà senza dubbio essere la stessa per entrambi, ancora sulla base delle leggi romane sul parricidio, continuando la loro applicazione analogica al bando.

Meno intuitivo appare invece stabilire di quale tipo di pena debba trattarsi. Secondo la previsione della legge romana l'uccisione

⁽⁷⁵⁾ « Sed est videndum nunquid Antoniulus qui cum dicta Dominica tractavit venenare dictum Gasparinum et emit venenum, et dedit ipsi Dominice, que ipsum dedit dicto Gasparino marito suo, ex quo mortuus fuit et est, poterit illud impune facere stante dicto statuto terre Salodii. Et videtur prima facie dicendum quod sic, quia ipse Antoniulus non erat coniunctus in aliquo gradu dicto Gasparino, unde non videtur aliquid ei obstare quin potuit interficere dictum Gasparinum per ea que dicta sunt supra. Sed contrarium credo verius [...] »: CIPOLLA, *cons.* V, ed. cit., f. 252vB.

⁽⁷⁶⁾ *Ibidem.*

⁽⁷⁷⁾ *Ibidem.*

di qualsiasi persona diversa dai genitori e dagli avi comporta l'irrogazione della pena capitale e questo sembrerebbe dunque il caso; la Glossa ordinaria tuttavia propone di estendere la famigerata *poena cullei* ⁽⁷⁸⁾ e trova sul punto l'avallo della opinione di Bartolo, che ritiene che quella pena debba essere estesa indistintamente a tutti coloro che uccidano un consanguineo, in accordo con autori del calibro di Cino da Pistoia, Bartolomeo Saliceto e Angelo Gambiglioni. Cipolla scarta invece la pena prevista per il parricidio ed opta per una « semplice » pena di morte per entrambi, richiamando il dato della desuetudine della antica pena dedicata in origine ai parricidi: « Ego tamen credo quod tutius sit quod pena capitis utriusque imponatur, quia illa pena de qua in dictis iuribus de consuetudine non servatur » ⁽⁷⁹⁾; nonostante che tutto il ragionamento giuridico sia stato impostato sulla estendibilità della disciplina del parricidio all'uccisione del bandito nella specifica fattispecie considerata, a questo punto il giureconsulto evoca la consuetudine e accetta senza remore di adeguarsi alla sua forza ineludibile, evitando di condurre il parallelo tra le due ipotesi fino alla sua naturale conclusione, in omaggio ad una astratta coerenza logica priva però di effettivi riscontri nella prassi. Sarà opportuno quindi prevedere secondo l'uso la decapitazione e forse anche la negazione della sepoltura, con una pena meno simbolicamente evocativa di quella antica ma concretamente più praticabile nei territori gover-

(78) « Committens paricidium talis insutus culeo cum cane et gallo gallinario et vipera et simia, et inter illas ferales angustias comprehensus secundum quod regionis qualitas intulerit, vel in vicinum mare vel in amnem proiciatur, ut inter omnium elementorum usu vivus incipiat carere, et ei celum superstiti terra mortuo auferatur »: *ibidem*, f. 253rA. Cipolla riporta qui il testo celebre del frammento di Modestino (D.48,9,9,pr.) con la descrizione della singolarissima pena prevista per i parricidi, su cui molto si è scritto; cfr. M. HUMBERT, *La peine en droit romain*, in *La peine*. Première partie, *Antiquité*, Bruxelles, De Boeck, 1991 (Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions; n° 55), pp. 133-183; F. EGMOND, *The Cock, the Dog, the Serpent, and the Monkey. Reception and Transmission of a Roman Punishment, or Historiography as History*, in « International Journal of the Classical Tradition », II (1995), pp. 159-192; E. CANTARELLA, *I supplizi capitali. Origine e funzioni delle pene di morte in Grecia e a Roma*, Milano, Feltrinelli, 2011 (nuova ed. rivista).

(79) CIPOLLA, *cons.* V, ed. cit., f. 252vB.

nati da Venezia nella Terraferma: « quod hec pena non est in usu sed decapitentur de consuetudine et carere forte debent sepultura »⁽⁸⁰⁾.

Anche in questo caso Cipolla ha cura di indicare che la sua posizione non è isolata, bensì corrisponde a quella dei migliori specialisti in tema di diritto criminale: nello specifico invoca la concorde conclusione cui sono giunti il Saliceto e Angelo Gambigliani⁽⁸¹⁾. Ma la soluzione offerta non può del tutto autonomizzarsi dal diritto comune e puntare unicamente sul rimando alla consuetudine di diverso tenore: la cifra dell'accurato lavoro interpretativo del *doctor iuris* veronese ed il segreto del suo successo duraturo presso i pratici, in opere fortunatissime come i *Tractatus servitutum* ovvero le *Cautelae*, ma anche i *consilia criminalia* di cui qui ci occupiamo, consiste nella tensione costante a coniugare l'approfondimento teorico non banalizzante con l'attenzione all'*usus fori* e alla prassi in genere, rifiutando sia di accodarsi in modo pedissequo alla consuetudine senza sottoporla a previa revisione critica su base rigorosamente scientifica, sia di isolarsi nella autoreferenzialità di teorie impeccabili ma astruse ed impraticabili⁽⁸²⁾. Si ricerca dunque il conforto della *l. Lege Pompeia* (D.48,9,1) la quale elenca le persone la cui uccisione integra un'ipotesi di parricidio: il giurista non può fare a meno di registrare che la legge non contempla il caso del marito ucciso dalla moglie, mentre prevede il caso del marito assassino, forse perché, azzarda Cipolla alla ricerca di una spiegazione della differenza, accade più spesso che sia l'uomo ad uccidere la donna e la legge ha inteso occuparsi dell'ipotesi più frequente; di

⁽⁸⁰⁾ *Ibidem*.

⁽⁸¹⁾ Cfr. ANGELI ARETINI *De maleficiis tractatus*, Venetiis, Apud Franciscum de Franciscis Senensem, 1578, *gl. in verbo Et ex intervallo dictus Titius ex dictis vulneribus mortuus fuit...*, f. 165v, n. 18: « Quid si filius interficiat patrem bannitum, an impune fecerit? Dy. tenet quod non, quia patris persona filio semper debet sancta haberi [...] In contrarium fuit determinatum per collegium Perusii [...] ».

⁽⁸²⁾ Sull'indiscussa qualità scientifica dell'opera del Cipolla unita alla grande attenzione per la dimensione applicativa del diritto e per le istanze della prassi ci siamo espressi più volte: cfr. G. ROSSI, *Bartolomeo Cipolla e la pragmatizzazione del diritto*, in ID., « *Duplex est usufructus* ». *Ricerche sulla natura dell'usufrutto nel diritto comune*. II. *Da Baldo agli inizi dell'Umanesimo giuridico*, Padova, Cedam, 1996, pp. 171-192; ID., *Disciplinare il quotidiano, regolare il multiforme: il « Tractatus de servitutibus » di Bartolomeo Cipolla*, in *Bartolomeo Cipolla: un giurista veronese del Quattrocento tra cattedra, foro e luoghi del potere*, cit., pp. 237-276.

conseguenza la moglie omicida non commette parricidio ai danni del coniuge. Anche per questa via pertanto resta confermata la pena di morte per decapitazione ed esclusa la *poena cullei*.

Il consulente ha così risposto in modo esauriente e convincente ai quesiti ⁽⁸³⁾, forte della propria dottrina e di una indubbia capacità di passare dal piano del diritto naturale a quello del diritto positivo statutario e viceversa cercando di dare coesione e coerenza ad un diritto penale ancora carente di un'adeguata riflessione scientifica di « parte generale » e di una dettagliata disciplina dei vari crimini, con ampi spazi vuoti nei quali è giocoforza per il giurista intervenire a colmare le lacune per via d'interpretazione. Si riconosce in tal modo allo statuto il ruolo centrale di fonte di primo impiego ma senza arretrare di fronte all'evenienza di dover contraddire il disposto statutario (ovvero la sua pacifica e consolidata applicazione) in nome di principi superiori, non di rado ricavati più o meno industriosamente dal diritto romano o da quello canonico, con un sentimento chiaro della speciale e preziosa funzione della dottrina nell'implementare i contenuti del diritto criminale ed insieme nello smussare gli angoli di previsioni sovente non soltanto tecnicamente inadeguate nella forma ma anche rozzamente repressive nella sostanza. L'avvio di un percorso di scientificizzazione (e quindi, anche, d'incivimento) all'epoca di Bartolomeo Cipolla ancora lungo da compiere e forse non ancora terminato.

⁽⁸³⁾ « Concludo itaque ex omnibus predictis quod dicta Dominica et Antoniolus non potuerunt impune venenare dictum Gasparinum bannitum etiam stante dicto statuto terre Salodii et quod debent ultimo supplitio puniri, id est pena mortis et sic decapitari »: CIPOLLA, *cons.* V, ed. cit., f. 253rA.

GIANLUCA RUSSO

« HIC ENIM LIBER TERRIBILIS EST ».
PROFILI EGEMONICI DEL PENALE
NEGLI STATUTI FIORENTINI
DEL PRIMO QUATTROCENTO

1. *Clipeus Reipublicae*. Strategie del penale a difesa del Dominio territoriale. — 2. Il paradigma dell'infrazione politica. Anatomia delle rubriche del libro terzo sui crimini contro l'ordo civitatis. — 3. L'egemonizzazione del penale nelle rubriche del *Tractatus Ordinamentorum Iustitiae*. — 4. Prospettive di ricerca. Il penale come fattore di costruzione dello Stato territoriale.

1. *Clipeus Reipublicae. Strategie del penale a difesa del Dominio territoriale.*

Il proemio degli *Statuta Populi et Communis Florentiae* elaborati nel 1409 da Giovanni da Montegranaro, rivisti nel 1415 da Paolo di Castro con Bartolomeo Volpi da Soncino, primi, e paradossalmente anche ultimi ⁽¹⁾, Statuti di Firenze a vocazione territoriale ⁽²⁾,

⁽¹⁾ Davvero suggestivo il modo in cui P. Fiorelli sintetizza la storia degli Statuti della città di Firenze nella premessa al bel saggio archivistico di G. BISCIONE, *Statuti del Comune di Firenze nell'Archivio di Stato. Tradizione archivistica e ordinamenti*, Roma, Ministero per i beni e le attività culturali, Direzione generale per gli archivi, 2009, p. XV: «E un solo testo di carattere statutario si conosce tra quelli che Dante e i suoi contemporanei videro nascere, contribuirono a far nascere: sono gli ordinamenti di giustizia del 1293, in più di una stesura e in più di una forma. I più antichi statuti del Comune che si siano conservati, e che si possono leggere, sono posteriori di sei mesi alla morte, in esilio, del Poeta [Statuti del 1322-1325]. Altri ne seguirono, riformati in tre riprese nel giro di poco meno d'un secolo [1355, 1409, 1415]. Gli ultimi restarono in vita, in qualche modo, per trecentonovantanove anni, finché una legge del granduca Ferdinando III, del 15 novembre 1814, nell'abrogare la legislazione francese degli anni precedenti confermò, di questa, l'abolizione di tutti gli statuti particolari delle città, terre e castelli. La decadenza, l'estenuazione degli statuti era però nell'aria fin dal tempo di Pietro Leopoldo, delle sue riforme amministrative degli anni '70 e '80 del Settecento.

al momento di introdurre il contenuto del libro terzo sulle cause penali, così illustra la distribuzione interna della materia:

Il libro terzo contempla la gravissima materia delle cause criminali. È questo, infatti, un libro terribile, che commina pene ai peccatori, insegnando loro ad astenersi dalla trasgressione delle leggi con la minaccia della pena. Esso include pure la materia dei cessanti e fuggitivi e gli ordinamenti di giustizia ⁽³⁾.

Proprio intorno a questo nucleo problematico, gravita la ricerca di cui pubblichiamo qui le primissime risultanze: una ricerca che, attraverso un tentativo di rilettura combinata degli scritti di Mario Sbriccoli sulla storia del diritto e della giustizia penale ⁽⁴⁾ con la ricca tradizione di studi avviata da Giorgio Chittolini ⁽⁵⁾ ed Elena Fasano Guarini ⁽⁶⁾ sull'esperienza degli Stati regionali italiani, si propone di affrontare il tema della definizione di un ordine penale

Quando gli ultimi statuti comunali di Firenze ebbero una loro edizione a stampa colla finta data di Friburgo 1778-1781, un'edizione di bell'aspetto ma in incredibile ritardo rispetto alla produzione delle altre città d'Italia, circolava già da qualche mese un'elegante esposizione analitica del loro contenuto, opera dell'auditore Niccolò Salvetti, e il suo titolo di *Antiquitates Florentinae* sembrava un anticipato elogio funebre ».

(2) Il primo a intuire questa specificità, anche in rapporto alle altre realtà italiane coeve, fino a definirli un corpo organico di legislazione regionale fu, all'inizio degli anni Settanta del Novecento, G. CHITTOLINI, nell'ormai classico studio *Ricerche sull'ordinamento territoriale del dominio fiorentino agli inizi del secolo XV*, in ID., *La formazione dello stato regionale e le istituzioni del contado, secoli XIV-XV*, Torino, Einaudi, 1979, pp. 292-352.

(3) Statuti del 1415, *Proemium*, p. 3, vol. I, dell'edizione a stampa *Statuta Populi et Communis Florentiae Publica Auctoritate Collecta Castigata et Praeposita Anno Salutis MCCCXV*, Friburgi [i.e. Firenze] apud Michaellem Kluch [i.e. Stamperia Bonducciana], 1777-1781 [i.e. 1783], 3 voll. L'originale in latino recita: « Tertius causarum criminalium gravia. Hic enim liber terribilis est, comminans poenas peccatoribus, et eos a transgressione legum, formidine poenae abstinere docens, cum materia cessantium, et fugitivorum, et ordinamentis iustitiae ».

(4) Ora raccolti in M. SBRICCOLI, *Storia del diritto penale e della giustizia: scritti editi e inediti (1972-2007)*, Milano, Giuffrè, 2009, 2 voll.

(5) Il punto d'avvio è costituito da G. CHITTOLINI, *La crisi delle libertà comunali e le origini dello Stato territoriale*, in « Rivista storica italiana », LXXXII (1970), pp. 99-120, poi riedito in ID., *La formazione dello stato regionale*, cit., pp. 3-35.

(6) Fondamentale la lettura di E. FASANO GUARINI, *Gli statuti delle città soggette a Firenze tra '400 e '500: riforme locali e interventi centrali*, in *Statuti città territori in Italia e Germania tra medioevo ed età moderna*, a cura di G. Chittolini e D. Willoweit, Annali dell'Istituto storico italo-germanico, Quaderno 30, Bologna, il Mulino, 1991, pp. 69-124.

pubblico, a proiezione territoriale e di natura tendenzialmente repressiva, a Firenze, tra regime albizzesco e primo regime mediceo, lungo un arco cronologico di cento anni esatti, dal 1378 al 1478.

Un terreno di indagine trasversale alla storia giuridica e a quella delle istituzioni politiche che, se bene arato, consentirebbe di capire in quali modi e con quali tempi, e attraverso quali sentieri della giuridicità, il penale, egemonizzandosi, abbia concorso a plasmare quella realtà politico-istituzionale peculiarissima che la storiografia italiana ha racchiuso nel tipo ideale dello Stato territoriale o regionale (7).

Come si evince dal taglio che abbiamo pensato di darle, la ricerca si focalizza quasi esclusivamente sul percorso di egemonizzazione o di pubblicizzazione del penale, per tale intendendo quel percorso che porta sempre di più a far coincidere la giustizia criminale con la logica della repressione piuttosto che della negoziazione, la quale ultima, si badi bene, non scompare mai del tutto, come la storiografia ha opportunamente rilevato (8).

Quattro i nuclei fondanti che, allo stadio di avanzamento

(7) In storiografia, le espressioni Stato territoriale e Stato regionale sono venute spesso sovrapponendosi e confondendosi. Per una differenziazione fra le due nozioni, cfr. W.J. CONNELL, *Lo Stato territoriale fiorentino (secoli XIV-XV). Ricerche, linguaggi, confronti*, atti del Seminario Internazionale di Studi, San Miniato, 7-8 giugno 1996, a cura di A. Zorzi e dello stesso Connell, Pisa, Pacini Editore, 2001, pp. 279-280.

(8) Sul declinare, già nel corso del Trecento, di quell'importante istituto compositivo che è la pace, ammessa ormai solo per i reati di minore gravità, si veda, con specifico riferimento agli Statuti lombardi, A. PADOA-SCHIOPPA, *Delitto e pace privata*, in ID., *Italia ed Europa nella storia del diritto*, Bologna, il Mulino, 2003, pp. 209-250. Similmente, anche nei nostri Statuti, dove la rubrica 51 del libro I *De cancellatione condemnationum, et bannorum propter solutionem* (pp. 56-58, vol. I, dell'edizione a stampa) concede il beneficio della pena ai condannati che avessero ottenuto la pace dall'offeso, escludendo però da questa pratica alcuni crimini politici commessi nella *civitas* e nel Dominio insieme con altri gravi reati come grassazioni, stupri violenti, sodomia, incesto. Tuttavia, sia pure con un raggio di incidenza circoscritto ai soli reati minori, ancora nel Quattro e nel Cinquecento, le fonti testimoniano il ricorso a paci, tregue, transazioni, accomodamenti: pratiche che, tra l'altro, continuano a sollecitare un'attenta riflessione da parte dei giuristi. Fra questi, Giulio Claro, Giovan Battista Baiardi, Sebastiano Guazzini, Pietro Cavallo, Domenico Toschi. Sull'importanza che, comunque, la cultura negoziale conserva tra tardo Medioevo ed Età moderna, cfr., in generale, X. ROUSSEAU, *De la négociation au procès pénal: la gestion de la violence dans la société médiévale et moderne (500-1800)*, in *Droit négocié, droit imposé?*, sous la

attuale dell'indagine, limitatamente al regime albizzesco (1382-1434), ci sembrano i pilastri penalistici del nuovo ordine territoriale.

In primo luogo, l'istituzione, nel 1378, degli Otto di Guardia, destinati nell'arco di circa un secolo ad evolversi da organo di polizia politica a massima giudicatura criminale della Repubblica: una magistratura, la cui strategica trasformazione consente di registrare il progressivo formarsi di un penale modellato dal paradigma dell'infrazione politica, in grado di combattere il crimine per mezzo di strumenti repressivi maturati nell'ambito del contrasto all'eterodossia religiosa e all'opposizione politica radicale e che si esprime per il tramite di un processo pensato per il nemico. Una magistratura che incarna, altresì, quella commistione, resistente per tutto l'antico regime, fra affari di polizia e vera e propria amministrazione della giustizia che solo le riforme leopoldine, sul finire del Settecento riusciranno in parte a superare⁽⁹⁾. E che non faticherà a funzionare, piuttosto precocemente, da valido anello di congiunzione fra centro e periferia, influenzando l'operato degli ufficiali estrinseci nel territorio⁽¹⁰⁾.

In secondo luogo, l'utilizzo capillare, soprattutto negli anni Venti del Quattrocento, della pena come strumento di disciplinamento, per cui il penale, mescolando il reato con il peccato e i criminali con i peccatori⁽¹¹⁾, vede allargare progressivamente i suoi orizzonti repressivi al settore dei crimini contro la religione, i costumi e l'ordine sociale della *civitas-respublica*; fenomeno che contempla la nascita di altre magistrature cittadine con *iurisdictio in criminalibus*, come gli Ufficiali dell'Onestà, gli Ufficiali di Notte, i

direction de P. Gérard, F. Ost, M. van de Kerchove, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1996, pp. 273-312.

⁽⁹⁾ È significativo che un processo analogo sia riscontrabile per la Repubblica di Venezia con la magistratura del Consiglio dei Dieci, anch'essa specializzata nella repressione dei crimini politici, operante dal 1310 al 1797. Cfr. sul punto A. DA MOSTO, *L'Archivio di Stato di Venezia. Indice generale, storico, descrittivo ed analitico*, Roma, Biblioteca d'Arte Editrice, 1937; *Stato società e giustizia nella Repubblica veneta, sec. XV-XVIII*, a cura di G. Cozzi, Roma, Jouvence, 1980-1985, 2 voll.

⁽¹⁰⁾ Cfr. J.K. BRACKETT, *Criminal Justice and Crime in Late Renaissance Florence, 1537-1609*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992, p. 81.

⁽¹¹⁾ Indicativo in tal senso il passaggio del citato premio degli Statuti del 1415 dove si ricorda che il libro terzo sulle cause criminali commina pene ai peccatori.

Conservatori delle Leggi ⁽¹²⁾. Un fenomeno di cui non possiamo sottovalutare il reale impatto nella costruzione del Dominio territoriale. Nella sua opera di incorporazione, infatti, Firenze si impegna ad attrarre le varie comunità soggette alle sue leggi, ed al suo modello di moralità. In questo caso, l'accentramento avrebbe interessato, in modo particolare, le pratiche sessuali o *contra naturam* ⁽¹³⁾.

Al terzo e al quarto nucleo problematico sono dedicate le riflessioni del presente scritto, in cui ci proponiamo di verificare se, già al tempo degli Statuti fiorentini del 1409-1415, stesse prendendo forma quel fenomeno che è all'origine del diritto penale degli Stati moderni del Cinque-Seicento: lo slittamento della rilevanza penale di un comportamento o di un atto, dalla sfera del danno — com'era nella fase di incubazione dell'esperienza politico-istituzionale delle città dell'Italia centro-settentrionale — alla sfera della disobbedienza ⁽¹⁴⁾. Si risalirebbe, così, all'atto di nascita di un penale modellato dal paradigma dell'infrazione politica, per cui la pena scopre, dopo secoli di sfibramento e di contaminazione con istituti giuridici più propriamente privatistico-comunitari, una sua specifica vocazione a farsi strumento di difesa della *respublica*: vero « *clipeus reipublicae* », come recitava il *Codex giustiniano* ⁽¹⁵⁾.

A questo nucleo definitorio del penale egemonico, scandito

⁽¹²⁾ Sulla trasformazione degli organi preposti al disciplinamento in magistrature criminali, cfr. A. ZORZI, *L'amministrazione della giustizia penale nella Repubblica fiorentina. Aspetti e problemi*, Firenze, Olschki, 1988, pp. 56-63.

⁽¹³⁾ Cfr. S.K. COHN, *Creating the Florentine State. Peasants and Rebellion, 1348-1434*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, pp. 270-272.

⁽¹⁴⁾ Secondo la felice intuizione di Sbriccoli, sinteticamente enunciata nel suo *Giustizia criminale*, in *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, a cura di M. Fioravanti, Roma-Bari, Laterza, 2007, pp. 178-179. Che poi significa cogliere il momento in cui la sola disobbedienza alla legge penale diventa motivo di pena.

⁽¹⁵⁾ Si noti che pure il nostro lessema « *Hic enim liber terribilis est* » è mutuato dai compilatori statutari del 1409-1415 dal *Corpus Juris Civilis* e, precisamente, dai libri 47 e 48 del Digesto ribattezzati, proprio al tempo dell'esperienza del diritto comune, *libri terribiles* perché prevedevano pene piuttosto dure. Anche soltanto questo può considerarsi, se vogliamo, un indice lessicale di quanto, in una realtà territoriale in via di definizione con al centro la *civitas-respublica* di Firenze, nei primi decenni del XV secolo, si stessero assottigliando sempre di più, nella percezione degli stessi statutari, i confini fra giustizia criminale e repressione.

dalla percezione sempre più forte della pena come strumento di difesa della *respublica*, si correla la percezione altrettanto forte della pena come strumento di governo del Dominio, che, proprio al tempo del reggimento degli Albizzi, conobbe la sua massima definizione con l'incorporazione di Arezzo (1384), Montepulciano (1390), Pisa (1406), Cortona (1411) e Livorno (1421) ⁽¹⁶⁾.

Tanto che dall'accentramento presso il signore, o la città dominante, dei fondamentali compiti del difendere e del correggere — più tardi limpidamente descritti da Machiavelli ⁽¹⁷⁾ — si possono ricostruire delle vere e proprie strategie penali che gli uomini del reggimento predisposero ed attuarono a « *conservazione et augmento* » del Dominio ⁽¹⁸⁾.

Due, ci sembrano, i principali percorsi allora imboccati: l'uso accorto dello strumento statutario, in chiave territoriale, da un lato; la capillare riscrittura delle giurisdizioni territoriali, dall'altro.

Il primo, in particolare, fa perno sul ruolo che la legislazione statutaria a carattere penale ebbe nella conformazione del Dominio e, soprattutto, nella definizione dei rapporti fra il centro e le circoscrizioni periferiche. In questa prospettiva, a nostro avviso, va letta la tendenza di Firenze a far valere in tutto il Dominio i suoi Statuti nelle sole materie afferenti alla sicurezza della *civitas-respublica* e delle aree assoggettate.

Lo dimostra, ad esempio, la rubrica *De officio, et potestate*

⁽¹⁶⁾ Lo storico, nonché giurista, Francesco Guicciardini, nel *Dialogo del reggimento di Firenze* (1521-1526), parlando degli Albizzi, scrive: « [...] acquistorono Pisa e molti altri luoghi e augumentorono assai el dominio e la reputazione della città, in modo che, secondo le opinioni di ognuno che ha parlato o scritto di queste cose, non fu mai stato in Firenze che l'abbia meglio governata e più onorata di quello ». Il brano, tratto da F. GUICCIARDINI, *Dialogo del reggimento di Firenze*, a cura di G.M. Anselmi, C. Varotti, Torino, Bollati Boringhieri, 1994, pp. 44-45, è ben contestualizzato da L. VANNINI, *Il dominio territoriale di Firenze in Guicciardini e Machiavelli. Alcune considerazioni*, in « Annali di Storia di Firenze », VII (2012), pp. 73-96, in particolare p. 91.

⁽¹⁷⁾ N. MACHIAVELLI, *Parole da dirle sopra la provvisione del danaio* (1503), in ID., *Arte della guerra e scritti politici minori*, a cura di S. Bertelli, Milano, Feltrinelli, 1961, p. 59: « [...] gli uomini non possono e non debbono essere fedeli servi di quello signore da el quale e' non possono essere né difesi né corretti ».

⁽¹⁸⁾ La salvezza della *civitas-respublica* dipendeva dall'accrescimento del territorio che circondava il quadro urbano e, prima ancora, dalla conservazione delle aree già assoggettate.

capitanei civitatis Pisarum degli Statuti del 1415, che esclude la materia dei crimini politici dalla sfera giurisdizionale del capitano di Pisa così come regolata dai testi statutari locali ⁽¹⁹⁾. E lo dimostra, altresì, volgendo lo sguardo al diritto delle comunità soggette, un dato strutturale degli Statuti di Scarperia del 1423 ⁽²⁰⁾. L'ultimo libro, il terzo, pur avendo un carattere miscelaneo, ospita principalmente la normativa penale. Ebbene, essa risulta davvero scarna, minima, essenziale, circoscritta a reati minori quali la bestemmia, la falsa accusa o calunnia, l'ingiuria, il gioco d'azzardo, l'occupazione di strade. Pertanto: o la criminalità lì era così poco diffusa da non destare le cure e le attenzioni degli statutari locali, oppure, come crediamo, si trova conferma che, con la costruzione del Dominio territoriale fiorentino, perlomeno il penale alto, quello condizionato dal paradigma dell'infrazione politica, era disciplinato altrove e, precisamente, negli Statuti della Dominante ⁽²¹⁾.

La descritta tendenza va ricollegata a quella parte della rubrica *De legibus* — in posizione preminente nel 1409, spostata nel 1415 all'inizio del libro quinto — che enuncia la volontà della Dominante

⁽¹⁹⁾ Statuti del 1415, rubrica 1, V, IV, (pp. 516-518, vol. III, dell'edizione a stampa): « Et quod habeat dictus capitaneus merum, et mixtum imperium, et gladii potestatem, et procedat, et condemnet secundum ordinamenta communis Pisarum, salvo quod pro turbatione status, vel pro faciendo contra honorem communis Florentiae [...] ». Un esempio analogo è offerto dalla rubrica 19, V, IV, *De officio, et potestate, et iurisdictione capitanei civitatis Aretii* (pp. 533-537, vol. III, dell'edizione a stampa).

⁽²⁰⁾ *Gli Statuti di Scarperia del XV secolo*, a cura di V. Arrighi, Firenze, Edifir, 2004.

⁽²¹⁾ La scarsità della normativa penale degli Statuti delle comunità soggette, in specie minori, non necessariamente comportava un rinvio diretto agli Statuti della Dominante. È molto probabile che gli Statuti locali poco si soffermassero sulla sfera criminale semplicemente perché questa era riservata agli ufficiali fiorentini, centrali o periferici. Qualche studioso ha cioè ipotizzato che la prassi della giurisdizione poggiasse sugli intendimenti del giudice fiorentino, il quale, in qualche modo, portava il diritto della città in loco anche se non sempre, o non necessariamente applicandone la lettera. Così L. TANZINI, *Pratiche giudiziarie e documentazione nello Stato fiorentino tra Tre e Quattrocento*, in *La documentazione degli organi giudiziari nell'Italia tardo-medievale e moderna*. Atti del Convegno di studi, Siena, Archivio di Stato, 15-17 settembre 2008, a cura di A. Giorgi, S. Moscadelli e C. Zarilli, Roma, Ministero per i beni e le attività culturali, Direzione generale per gli archivi, 2012, pp. 785-832, in part. p. 791.

di reggere e governare « urbem nostram florentinam cum toto eius territorio legibus nostris » (22).

Riservata a sé la delicata materia dei crimini politici, per il resto Firenze operò assai più nella pratica di amministrazione della giustizia attenendosi a quella parte della stessa rubrica *De legibus*, dove, viceversa, si sancisce il rispetto degli Statuti delle comunità soggette, una volta che questi fossero stati rivisti o confermati dalla Dominante (23).

Firenze prediligeva questa pratica perché, tra le altre cose, essa doveva apparire all'esterno come la *civitas* vessillo della *libertas*, del regime repubblicano, che agiva come custode supremo delle *libertates* delle comunità incorporate, conservando e non disconoscendo l'espressione massima della loro autonomia politico-giuridica: la capacità di darsi degli Statuti. Volle così differenziarsi in tutto dal generale atteggiamento che la signoria milanese seguiva nei confronti delle realtà sottomesse al suo Dominio, e di cui possiamo ritrovare un fulgido esempio nel rifiuto opposto dal governo visconteo alla richiesta avanzata, al momento della conquista nel 1421, da Brescia, di ratificare i propri Statuti (24).

Se allora, per ragioni di visibilità, Firenze non poteva permettersi di disconoscere la potestà delle comunità soggette di legiferare, anche *in criminalibus*, la Dominante — oltre che ad avocare a sé la gestione dei crimini politici — non si lasciò però sfuggire l'occasione di interferire per via indiretta, attraverso il meccanismo giuridico della approvazione (*confirmatio*) (25). Le correzioni, piuttosto co-

(22) Statuti del 1415, rubrica 1, V, I, *De legibus*, p. 479, vol. II, dell'edizione a stampa. Per FASANO GUARINI, *Gli statuti delle città soggette a Firenze tra '400 e '500*, cit., la rubrica in questione definisce, nelle sue linee fondamentali, la politica del diritto di Firenze nel Dominio.

(23) Statuti del 1415, rubrica 1, V, I, *De legibus*: « nisi, et quatenus loca nostri territorii propriis militarent legibus, iuribus, vel statutis, quae tamen nostra auctoritate confecta, aut confirmata fuerint ».

(24) La vicenda è menzionata da G.M. VARANINI, *Gli statuti delle città della Terraferma veneta nel Quattrocento*, in *Statuti città territori in Italia e Germania tra medioevo ed età moderna*, cit., p. 273.

(25) La materia si trova disciplinata negli Statuti del 1415, V, I, 149, *Quod domini cum collegiis possint approbare statuta comitatum*, p. 636, vol. II, dell'edizione a stampa.

piose, che la apposita magistratura degli Approvatori degli Statuti delle comunità soggette apporta sulle rubriche penali dei testi trasmessi a Firenze da tutto il territorio, sembrano comunicare un dato inequivocabile, che sa di egemonico: la volontà, da parte dei Fiorentini, di inasprire il quadro sanzionatorio nell'idea di irrobustire attraverso lo strumento penale il controllo sulla violenza nelle comunità, imponendo un ordine pubblico da loro stessi direttamente gestito ⁽²⁶⁾.

Se quanto detto finora è vero, bisogna però tenere presente che, parallela alla travagliata attività di riordino della legislazione statutaria, correva la riscrittura delle strutture giurisdizionali territoriali.

Su questo versante, l'egemonizzazione del penale si espresse nel dotare il Dominio di una vasta e articolata rete di apparati, ossia di ufficiali dislocati in vario modo sul territorio (vicari, capitani, podestà, castellani, commissari), tutti cittadini fiorentini, muniti di un grado più o meno consistente di *iurisdictio in criminalibus*. Ciò ebbe l'effetto di trasformare gli uffici di giustizia — prima dell'incorporazione affidati dalle *civitates* a giudici forestieri di propria scelta dentro la cerchia delle mura e ai propri cittadini nei contadi — in uffici di Firenze. Uffici che, nell'operare concreto, erano spesso e volentieri condizionati da sempre più numerose magistrature centrali per il territorio: i Dieci di guerra e balìa negli affari militari e nella manutenzione dei presidi e delle fortificazioni; i Cinque del contado e distretto nell'amministrazione finanziaria; gli Approvatori degli Statuti delle comunità soggette nell'opera costante di revisione della legislazione e dei meccanismi elettorali locali; i Sei di Arezzo e Pistoia e poi di San Miniato, Castrocara, Volterra e Montepulciano e i Dieci di Pisa nel controllo e nella manutenzione delle rispettive fortificazioni; gli Otto di pratica nel mantenimento della pace civile e nella risoluzione dei contrasti interni alle comunità soggette o sorti per conflitti di giurisdizione fra magistrature; gli Otto di Guardia

⁽²⁶⁾ In attesa di compiere rilievi più accurati su analoghi interventi negli Statuti di Lamporecchio del 1406, di Montevettolini del 1410, di Cerreto Guidi del 1412 e di Massa e Cozzile del 1420, si vedano i casi presi in esame da L. TANZINI, *Un aspetto della costruzione dello Stato territoriale fiorentino: il registro di approvazioni degli statuti del dominio (1393-1403)*, in « Società e Storia », CXVII (2005), pp. 1-36.

nelle attività di mantenimento dell'ordine pubblico, di controllo del territorio, di repressione delle sedizioni (27).

Rinviando l'approfondimento delle enunciate strategie penali ad un'occasione di maggiore respiro, ci limiteremo, nelle pagine che seguono, a scandagliare alcune rubriche penali degli Statuti fiorentini del 1409-1415, in modo da sorprendere lì taluni, specifici, profili egemonici del criminale. Quindi, risaliremo lungo il filo del paradigma dell'infrazione politica che informa quelle statuizioni fino ad arrivare a cogliere la pietra d'angolo del modo di Firenze di atteggiarsi a Dominante attraverso il penale egemonico: la *maiestas* e il connesso *crimen laesae maiestatis*.

2. *Il paradigma dell'infrazione politica. Anatomia delle rubriche del libro terzo sui crimini contro l'ordo civitatis.*

La città di Firenze, consapevole che la natura umana quotidianamente cade nei delitti ed è così debole e disposta alla discordia — generatrice di conflitti giornalieri, nemica della pace, madre delle liti — tanto che se la disciplina della giustizia e del diritto non reprimesse con vigore la sfrenata cupidigia e lo smodato desiderio dell'uomo, già la concordia avrebbe valicato i confini del mondo e l'umanità sarebbe sprofondata nell'abisso del male; sapendo fin dalle sue origini che il rimedio alla malvagità sta nella prudenza delle regole, e sapendo da sempre di sopravanzare gli altri per integrità delle istituzioni e dei costumi, per scienza e per eloquenza, desiderò ardentemente il governo delle leggi, per mezzo della cui autorità gli affari divini e quelli umani si dispongono al bene, le iniquità sono espulse, i peccatori atterriti e gli innocenti possono vivere sicuri fra gli improbi senza il timore del supplizio. Tuttavia, non potendo contare fin dall'infanzia che su pochi mezzi e oltretutto costretta entro limiti angusti, con l'ausilio di Dio che governa il suo Impero, accrebbe enormemente le proprie ricchezze e sostanze ed estese i propri confini e i propri orizzonti, sottomettendo a sé e legando alla propria infinita custodia castelli, città e fortezze. Così facendo, però, le sue leggi si moltiplicarono in maniera talmente confusa e oscura che nessuno era più in grado di averne cognizione (28).

(27) Cfr. sul punto A. ZORZI, *Giudicanti e operatori di giustizia nello Stato territoriale fiorentino del XV secolo*, in «Ricerche storiche», XIX (1989), pp. 517-552.

(28) Statuti del 1415, *Proemium*, pp. 1-2, vol. I, dell'edizione a stampa: «Cum humana natura dietim labatur ad delicta, pronaque, et facilis ad dissentiendum, nova tot quotidie generet iurgia, pacis emula, mater litium, ut nisi eius effrenatam cupiditatem, et appetitum noxium iustitiae, et iuris disciplina sua virtute reprimeret. Iam extra mundi terminos exularet concordia, et per genus humanum itum esset in profundum malorum. Prava enim non nisi ad regulam corriguntur quam prudentissime ab origine sua

Con queste altisonanti ed iperboliche enunciazioni proemiali, una commissione posta sotto l'attenta supervisione dei giuristi Paolo di Castro e Bartolomeo Volpi da Soncino licenziava, anno di grazia 1415, il proprio lavoro di revisione degli Statuti fiorentini, rimettendolo alla paterna custodia dei Signori della città⁽²⁹⁾. Era questo l'ultimo atto di un processo straordinariamente lungo e sofferto, irto di ostacoli, che le fonti archivistiche e documentarie fanno risalire addirittura all'estate del 1378, subito dopo il fallimento della rivoluzione dei Ciompi. Già da allora, in un periodo fra i più caotici nella storia di Firenze⁽³⁰⁾, si era avvertita la necessità di ristabilire l'ordine dopo mesi di sovvertimento. In una città oggetto di trasformazioni profonde, tesa fra emersione di regimi politici sempre più elitari e avvio di un'aggressiva opera di espansione territoriale, era inevitabile che la riscrittura dell'*ordo* passasse anche attraverso la riscrittura

recognoscens civitas Florentina aliis semper praepollens morum institutis, peritia sciendi, facundia loquendi, cupivit, et adamavit legum gubernaculis regi, quarum auctoritate res divinae, et humanae bene disponuntur, iniquitates expelluntur, peccatores terrentur, innocentes sine formidato supplicio inter improbos secure vivunt, sed a cunabulis suis parvas possidentes opes, et angustis finibus contenta, Deo auctore, eius gubernante Imperium divitiis, opibus utplurimum aucta, terminos, et agros suos ampliavit, suae dictioni infinita castella, civitates, et oppida subiiciendo, et leges constitutiones suas multiplicavit, quarum aliquae contrariae, aliae ambiguae, aliae superfluae, aliquae per desuetudinem delectae, aliae sparsae, et inordinatae inutilibus praefationibus utentes, ita confuse, et obscure ut vix earum notitia haberi posset ».

(29) Ivi, p. 3: « Sumite ergo magnifici, et Illustrissimi DD. Priores, Patres, et Defensores earum, caeterique viri clarissimi has leges, haec instituta omni labe purgatas, sinceritate faecundas, ordine luculentas, antiquorum respectu parvis voluminibus complexas, et eas firmate, et stabilite, ut in iudiciis utantur periti, caeterique cives legantur, et subdantur, vimque, et robur loco veterum obtineant, caeteraeque leges sileant, cedant, et succumbant ».

(30) Il fallimento della rivoluzione dei Ciompi nell'estate del 1378 portò alla formazione di un governo corporativo-artigiano basato sulla preminenza delle Arti minori e sull'esclusione dal potere delle famiglie più eminenti. Sennonché, anche questo governo venne rovesciato appena tre anni più tardi, nel gennaio del 1382, con l'instaurazione di un regime più ristretto, controllato dal patriziato. Il nuovo regime, che ricevette un importante avvallo istituzionale nel 1393 con la nomina di Maso degli Albizzi a Gonfaloniere di Giustizia — uno degli uffici di vertice della Repubblica — si mantenne al potere per cinquantadue anni, fino al 1434, quando il rientro dall'esilio di Cosimo de' Medici aprì un nuovo capitolo nella storia di Firenze. Per approfondire il contesto storico fiorentino dell'epoca, utile la lettura di G.A. BRUCKER, *Dal Comune alla Signoria. La vita pubblica a Firenze nel primo Rinascimento*, Bologna, il Mulino, 1981.

delle regole statutarie. Non è ovviamente questa la sede per ripercorrere, passaggio dopo passaggio, il tormentato progetto di revisione degli Statuti cittadini. Concentreremo, pertanto, fin da subito l'attenzione sul punto di approdo di quel processo, quell'*ordo civitatis* fondato sulla disciplina della giustizia e del diritto, limpidamente enunciato nel proemio. Proprio l'esordio di questo testo rappresenta una delle manifestazioni più tangibili di quanto oramai, primi anni del Quattrocento, la giustizia e il diritto penale fossero assurti a indispensabili strumenti di governo: indispensabili alla stessa sopravvivenza, quieta e imperturbata, dell'ordine politico e sociale interno, di cui i magnifici e illustrissimi Signori erano custodi. E rappresenta, altresì, una testimonianza assai eloquente di come le autorità politiche promotrici del progetto di revisione statutaria fossero essenzialmente orientate a preservare quell'*ordo*, reprimendo.

Nel dipanare il filo originario del paradigma dell'infrazione politica, daremo per buona una certa specularità fra i due Statuti quattrocenteschi ⁽³¹⁾; in questo modo, sarà possibile per noi estendere il discorso alla mai ufficialmente approvata redazione del 1409, confortati in quest'operazione da un eccellente studio realizzato non molti anni fa, proprio sui rapporti fra gli Statuti del 1322-1325 e del 1355, e gli Statuti del 1409 ⁽³²⁾. Almeno tre le ragioni di questa scelta.

In primo luogo, lo statuto è un prodotto normativo aperto, ad implementazioni successive, che vive di quelle implementazioni e che sprigiona tutta la sua forza, e anche tutto il suo fascino, facendo leva su quelle molteplici e, molto spesso, anche poco coerenti, stratificazioni. È una tipologia di fonte peculiarissima che necessita, per essere compresa e valorizzata appieno, di essere studiata lungo tutta la sua plurisecolare evoluzione, cercando faticosamente di tenere assieme gli apporti numerosissimi, i rimaneggiamenti, le

⁽³¹⁾ Parla di un unico corpus statuario che lega assieme le riscritture del 1409 e del 1415, considerata anche solo la distanza ravvicinata fra le due redazioni, G. GUIDI, *Il governo della città-repubblica di Firenze del primo Quattrocento*, 3 voll., Firenze, Olschki, 1981, vol. I, pp. 51-74.

⁽³²⁾ Il riferimento è a L. TANZINI, *Statuti e legislazione a Firenze dal 1355 al 1415: lo statuto cittadino del 1409*, Firenze, Olschki, 2004.

riscritture continue ricevute nel corso degli anni. Gli Statuti del 1409-1415 completano questo percorso che, all'incirca dal XII secolo, vedeva i *cives florentini* fondare la loro autonomia politica e giuridica su di un testo scritto scaturito originariamente da costumanze verbali tramandate oralmente.

Il secondo elemento di comunanza fra le due redazioni è dato dal fatto che si tratta dei primi Statuti fiorentini a mostrare una chiarissima vocazione territoriale, come del resto attesta il passo del proemio riportato in apertura di paragrafo ⁽³³⁾. L'aspetto davvero molto importante che lega assieme le due riscritture quattrocentesche è la costruzione dell'ordine politico-giuridico attraverso le stesse rubriche degli Statuti. La novità, tuttavia, non risiede tanto nella consapevolezza della necessità dell'*ordo* — aspetto che possiamo riscontrare fin dagli Statuti trecenteschi — quanto, semmai, nel sancire un vincolo stretto fra leggi — da intendersi armonizzate con il diritto comune ⁽³⁴⁾ —, buon governo — che è buono in quanto ispirato alla giustizia —, e Dominio. Per far questo, occorreva predisporre una sistemazione della legislazione statutaria che, più di quanto non avevano fatto finora i Capitoli, cioè le raccolte dei patti di dedizione, chiarisse la posizione di Firenze nei confronti delle varie comunità soggette. E occorreva, altresì, che le leggi così ricomposte orientassero le molteplici strutture giurisdizionali territoriali, alcune delle quali antiche e appositamente riadattate, altre invece di più recente creazione, a governare materialmente il Dominio, secondo giustizia. Giustizia che gli uomini del reggimento albizzesco volevano veder dispensata, nella misura in cui ciò fosse stato necessario alla perpetuazione e alla crescita della *civitas* e dei

⁽³³⁾ Da confrontare con il passaggio della rubrica *De origine iuris* della compilazione del Montegranaro, dove si dice: « haec evenerant a quinquaginta ferme annis Florentina civitas, divina favente gratia, divitiis opibusque plurimum adaucta, agrorum suorum terminos multum dilataverat, qui primo angustis finibus continebantur, et plurima non solum castella, sed et civitates dictioni suae subiecerat »; in ASF, *Statuti del Comune di Firenze*, n. 23, c. 1r.

⁽³⁴⁾ Sui rapporti fra Statuti (*iura propria*) e diritto comune (*ius commune*), ancora fondamentale M. SBRICCOLI, *L'interpretazione dello statuto. Contributo allo studio della funzione dei giuristi nell'età comunale*, Milano, Giuffrè, 1969.

territori via via incorporati, seguendo le forme e i modi dell'egemonico ⁽³⁵⁾.

Con il terzo ed ultimo profilo che fa delle compilazioni del 1409-1415 un unico corpus statutario, entriamo, per così dire, nel vivo della materia. Possiamo infatti dire che la sezione penalistica, così come riorganizzata nell'ambito del libro terzo degli Statuti del 1415, non si discosta in maniera significativa né dalle pregresse redazioni trecentesche né dalla *Collatio VIII, De maleficiis*, della versione del 1409 ⁽³⁶⁾. Al di là del dato quantitativo — 198 rubriche contro le 242 della versione del Montegranaro ⁽³⁷⁾ — la maggior parte delle disposizioni ospitate nel libro terzo degli Statuti del 1415

⁽³⁵⁾ Si percepisce, cioè, in quegli anni, da parte delle autorità politiche, un'attuazione pratica di quel che fino ad allora era rimasto una semplice raffigurazione ideologica e culturale, che fondava i fini costitutivi del governare sulla sicurezza e sulla punizione. L'esemplificazione, forse, più autentica di questa operazione culturale è il noto ciclo di iconografia politica realizzato fra il 1338 e il 1339 da Ambrogio Lorenzetti nella sala del palazzo pubblico di Siena. Ebbene, lì si possono ravvisare tracce eloquenti del linguaggio dell'obbedienza all'ordine promosso dalle formazioni politiche di potere. Virtù in posizione centrale nell'affresco è la *Pax*: essa però non è l'esito della concordia dei cittadini, bensì una pace armata, come rivelano le armi che spuntano da sotto il cuscino su cui la Pace è adagiata. A sua volta la *Iustitia* tiene in mano una spada e nel grembo una testa mozzata. Il buon governo è assicurato dalla *Securitas* che presidia le mura librando nell'aria una forca da cui pende un impiccato e un cartiglio con su scritto: « *Senza paura ogn'uom franco camini,/ e lavorando semini ciascuno,/ mentre che tal comune,/manterrà questa donna in signoria,/ch'el levata a' rei ogni balia* ». Il discorso è chiaro: in città regna la pace, essa è il frutto dell'ordine armato e garantito dalla giustizia penale intesa tendenzialmente come repressione, e ogni rivolta sarà domata in modo duro. Ebbene, è proprio questo discorso che gli uomini del reggimento albizzesco a Firenze stavano impegnandosi a tradurre in concreta ed efficace politica giudiziaria in quegli anni di confine fra tardo Medioevo e prima Età moderna. Cfr. sul punto M. SBRICCOLI, *La benda della giustizia. Iconografia, diritto e leggi penali dal Medioevo all'Età moderna*, in ID., *Storia del diritto penale e della giustizia*, cit., pp. 155-208; P. SCHIERA, *Il Buongoverno "melancolico" di Ambrogio Lorenzetti e la "costituzionale faziosità" della città*, in « *Scienza e Politica* », XVIII (2006), 34, pp. 93-108.

⁽³⁶⁾ Cfr. L. TANZINI, *Gli statuti fiorentini del 1409-1415: problemi di politica e diritto*, in « *Reti Medievali Rivista* », III (2002), 2: « La materia penalistica è senza dubbio una delle più conservative negli statuti cittadini, nel senso che le norme penali e di procedura penale tendono ad essere ripetute con variazioni assai lievi nelle diverse redazioni statutarie, anche attraverso mutamenti politici ed istituzionali di rilievo ».

⁽³⁷⁾ Un numero, comunque, consistente considerando che, negli Statuti del 1322-1325, si raggiungeva un totale di 153 disposizioni a carattere criminale (132 nello Statuto del Podestà e appena 21 nello Statuto del Capitano del Popolo).

è modellata sulle rubriche del codice del 1409, a loro volta mutate dalla silloge del 1355 e così via, com'era d'altronde nella logica stessa del diritto statutario che, formatosi storicamente come corpus normativo ad implementazioni progressive, assai raramente ammetteva l'istituto della *abrogatio* ⁽³⁸⁾. Esemplificativo ai fini di questo discorso il testo della rubrica 2, *De officio iudicum maleficiorum, et de modo procedendi in criminalibus*, sullo svolgimento del processo penale ⁽³⁹⁾. È, in larghissima parte, la stessa disposizione che possiamo leggere negli Statuti del 1322-1325 e in quelli del 1409. Questa rubrica è significativa per due altre ragioni. In primo luogo, essa ci dà la conferma che, nel primo decennio del Quattrocento, il processo penale fiorentino è ancora compromesso con elementi della tradizione negoziale; non mancano, infatti, riferimenti a giuramenti e fideiussori. Permane persino l'obbligo di rivolgersi al giudice nella cui giurisdizione era compreso il quartiere non già dove era avvenuto il crimine, bensì dove dimorava l'accusatore, se questi era cittadino o comitatino o distrettuale, in omaggio al principio di diritto comune *sequatur reus foram actoris*. Addirittura, il reo doveva essere citato in giudizio a spese dell'accusatore. Un modo di procedere, quindi, di base accusatorio con punte di inquisitorio, ravvisabili tanto in una più rigorosa e puntuale regolamentazione dell'uso della tortura e della validità della confessione così ottenuta, quanto in una più scrupolosa registrazione di ogni singolo atto del processo penale. Le osservazioni svolte finora — e veniamo alla seconda ragione — ci spingono pertanto a ricercare altrove i principi egemonici del penale informati a quel paradigma dell'infrazione politica

⁽³⁸⁾ Cfr. L. TANZINI, *Il governo delle leggi. Norme e pratiche delle istituzioni a Firenze dalla fine del Duecento all'inizio del Quattrocento*, Firenze, Edifir, 2007, p. 66: « In un ordinamento fondamentalmente consuetudinario, l'atto di introdurre una novità attraverso un decreto, ovvero nel caso cittadino attraverso una provvisione o riforma-gione consiliare, è sempre sottoposto alla necessità della *iusta causa*: la norma, infatti, trova la sua giustificazione soprattutto a livello oggettivo, nel suo valore intrinsecamente giusto o necessario, e molto meno a livello soggettivo, come espressione di una volontà sovrana. Di conseguenza, ogni legge di per sé, soltanto per il fatto di esistere, assume un valore proprio che le impedisce di essere cancellata o abrogata per un solo atto volontaristico del *princeps*: in questo sta il motivo essenziale per cui difficilmente la norma medievale è abrogata, ma molto più di frequente derogata ».

⁽³⁹⁾ Statuti del 1415, pp. 229-235, vol. I, dell'edizione a stampa.

che crediamo di poter intercettare nel blocco di rubriche sui crimini politici. Lì, come andiamo subito a verificare, si percepisce tutt'altro.

Si tratta, con ogni probabilità, della sezione del libro terzo sulle cause penali più innovativa, nel senso che non si riscontrano negli Statuti trecenteschi così tante e, sovente, minuziose disposizioni su atti o comportamenti diretti a sovvertire il quieto, pacifico, libero e guelfo stato del Popolo e del Comune di Firenze ⁽⁴⁰⁾. Ed è anche la sezione che, forse in considerazione della delicatezza della materia trattata, ha subito qualche rimaneggiamento fra la redazione del 1409 e quella, definitiva, del 1415. Più precisamente, se la maggior parte di queste rubriche viene mantenuta, scompare tuttavia la disposizione più significativa al riguardo nella compilazione curata da Giovanni da Montegranaro: la rubrica 70, *Collatio VIII, De confinandis condempnatis pro faciendo contra status et de pena coniunctorum si illi non servaverint confinia et de premiando eos occidentes* ⁽⁴¹⁾. Per il resto, sono le stesse previsioni che, con

⁽⁴⁰⁾ Sfogliando a tal proposito lo Statuto del Podestà del 1325, rintracciamo appena un paio di disposizioni di questo tipo e, precisamente, la rubrica 103 *De congregatione non facienda nisi certo modo* e la rubrica 104 *De pena acclamantis et concitationem facientis*. Un grado di innovatività, quello incarnato dalle previsioni sui crimini politici, che non sembrano presentare neppure gli Statuti del 1355. La novità, dunque, è tutta quattrocentesca. Il testo delle rubriche menzionate è consultabile in *Statuti della Repubblica fiorentina editi a cura di R. Caggese — Nuova edizione*, 2 voll., a cura di G. Pinto, F. Salvestrini, A. Zorzi, Firenze, Deputazione di storia patria per la Toscana, 1999, vol. 2, pp. 233-235.

⁽⁴¹⁾ Sul contenuto di questa rubrica e sulle particolari ragioni della sua cassazione, vedi TANZINI, *Statuti e legislazione statutaria a Firenze dal 1355 al 1415*, cit., p. 290 e 293. Se, tendenzialmente, l'assetto normativo trecentesco non conosceva l'abrogazione delle leggi, gli sviluppi della fine del secolo giunsero, tuttavia, a qualcosa di molto vicino. A partire dagli anni Ottanta del Trecento inizia a diffondersi una tipologia di provvedimento consiliare finora sconosciuta, la *suspensio legum*. Presto, questa novità, nata nel contesto delle provvisori, verrà ad interessare le stesse rubriche statutarie. Infatti, la redazione del 1415 non si limitava ad un'opera di aggiornamento e integrazione, ripetendo l'impostazione consuetudinaria del diritto statutario trecentesco, ma aveva l'ambizione di erigersi a codice onnicomprensivo, dentro il quale potesse convergere tutta la legislazione corrente, ivi incluse quelle provvisori che avevano sperimentato la tecnica della *suspensio*. È probabile che qualcosa del genere, oltre alle più rilevanti motivazioni politiche, abbia comportato la mancata inclusione della rubrica 70 nel codice del 1415. Del resto, fin dalla sua prima formulazione, il progetto statutario era

riferimento al libro terzo della redazione del Castrense, ritroviamo nelle rubriche: 39, 60-68, 71, 73, 163.

Non sarebbe possibile, per mere ragioni di economicità dell'articolo, passare in rassegna ad una ad una le sopra menzionate rubriche. Si cercherà, semmai, di sviluppare un discorso complessivo, che tenga insieme il blocco di rubriche isolate. Per fare ciò, percorreremo due strade: da una parte, insisteremo sul *modus procedendi* seguito dalle autorità nell'accertamento e nella repressione degli atti o comportamenti eversivi dell'*ordo civitatis* così come delineato nelle nostre rubriche, dall'altra ne valuteremo il lessico. Lessico che ci riconduce, senza ombra di dubbio, al filone di elaborazione teorico-dottrinale, nato a partire dalle celebri costituzioni dell'imperatore Enrico VII del 1313 *Qui sint rebelles* e *Ad reprimendum* glossate da Bartolo, del *crimen laesae maiestatis*. E il presente rilievo ci porterà inevitabilmente a confrontarci con l'annoso problema se già a quei tempi, per i giuristi, ribellarsi a Firenze configurasse lesa maestà. Capire ciò è necessario a verificare se, all'epoca della compilazione statutaria in esame, la *civitas-respublica* si fosse dotata di quel massimo « strumento di arbitraria repressione di ogni forma di dissenso politico »⁽⁴²⁾, insito nel sistema del *crimen laesae maiestatis*.

Nell'ambito del *modus procedendi* occorre distinguere due momenti: il momento dell'infrazione politica vera e propria, e il momento della risposta repressiva⁽⁴³⁾. Nel blocco di rubriche selezionate occorrerà, dunque, verificare: per il momento dell'infrazione, l'oggetto dei crimini politici e la condotta o le condotte in cui detti crimini politici si estrinsecano; per il momento della risposta repressiva, le pene comminate e l'iter giudiziario per il quale si arriva a comminare quelle pene.

stato ispirato dalla costituzione giustiniana *Deo auctore*, rivendicando con quella la facoltà di rimodellare, anche per via di abrogazione, la legislazione precedente.

⁽⁴²⁾ M. SBRICCOLI, *Crimen Laesae Maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, Milano, Giuffrè, 1974, p. 255.

⁽⁴³⁾ Ivi, pp. 363-365. Sbriccoli qualifica il momento dell'infrazione come il momento della rottura di un equilibrio e di uno *status quo*; il momento della repressione come il tentativo di imporre il ritorno alla situazione precedente, attraverso la punizione dei colpevoli e l'uso in senso dissuasivo della carica di terribilità da essa proveniente.

L'oggetto dei molteplici atti o comportamenti che le rubriche statutarie considerano è, senza ombra di dubbio, l'*ordo civitatis*, frammento di quell'*ordo* più ampio che è l'ordine naturale delle cose orchestrato dalla grazia divina. Quest'*ordo* può essere violato in due modi, e questa distinzione ci lascia apprezzare il passaggio, storicamente saliente, dalla Firenze urbana alla Firenze territoriale: o offendendo direttamente la *civitas* dominante oppure offendendo il suo Dominio.

Nel primo caso, le previsioni in esame impiegano espressioni del tipo « *contra statum pacificum, liberum, tranquillum, et guelfum civitatis Florentiae* »⁽⁴⁴⁾, « *pacifici status populi, et communis Florentiae* »⁽⁴⁵⁾, « *contra libertatem ipsius [populi]* »⁽⁴⁶⁾, « *contra pacificum statum* »⁽⁴⁷⁾.

Nel secondo caso, i compilatori degli Statuti hanno inteso restituire il senso della nuova proiezione territoriale della *civitas-respublica* fiorentina, ricorrendo a lessemi del genere « *aliquam civitatem, terram, vel castrum dicto communi Florentiae suppositum, seu in qua, vel quo dictum commune Florentiae haberet aliquam praeheminentiam, iurisdictionem, vel custodiam* »⁽⁴⁸⁾, « *aliquam terram, castrum, vel fortilitiam ipsius communis, seu ipsi communi per modum custodiae, seu praeceminentiae subiectum* »⁽⁴⁹⁾.

Talvolta si può arrivare a colpire l'*ordo civitatis*, inteso sempre nella sua duplice dimensione, anche offendendo Signori e Collegi⁽⁵⁰⁾, ovvero contravvenendo alle sue leggi fondamentali, come, ad esempio, compiendo atti o tenendo comportamenti in spregio

⁽⁴⁴⁾ Statuti del 1415, III, 60 *De poena non revelantium tractatum*, p. 278, vol. I, dell'edizione a stampa.

⁽⁴⁵⁾ Ivi, III, 61 *De poena facientis congregationem, vel invitatum pro violatione status pacifici civitatis Florentiae, vel invadendo aliquam civitatem, vel locum*, pp. 278-281, vol. I, dell'edizione a stampa.

⁽⁴⁶⁾ *Ibidem*.

⁽⁴⁷⁾ Statuti del 1415, III, 62 *De premio revelantium tractatum*, pp. 282-283, vol. I, dell'edizione a stampa.

⁽⁴⁸⁾ Ivi, III, 61.

⁽⁴⁹⁾ Ivi, III, 62.

⁽⁵⁰⁾ Come nel contesto della rubrica 39 *De poena offendentis Dominos Priores, et alios officiales*.

degli « ordinamentorum iustitiae dicti populi [Florentiae] »⁽⁵¹⁾. Perché « la ribellione dei sudditi va evitata » anche conservando « le istituzioni » e « le leggi »⁽⁵²⁾.

Se, dunque, l'oggetto dei crimini politici può ritenersi abbastanza circoscritto e definito, le modalità materiali, concrete, attraverso le quali quell'oggetto — l'*ordo civitatis* — può dirsi violato, sovvertito, turbato, alterato, travalicano gli steccati del certo e del definito, scomponendosi in un novero davvero imponente di occasioni del delinquere. Vanno incontro alla stretta mortale della repressione condotte del genere « facere aliquam invitatum, seu congregationem gentium, conventiculum, conspirationem, vel posturam pro violatione, vel subversione pacifici status populi, et communis Florentiae »⁽⁵³⁾, ovvero il fatto di chi porti innalzata nella città qualsiasi insegna o bandiera « pro faciendo aliquam turbationem, aut tumultum, vel rumorem, seu scandalum »⁽⁵⁴⁾. Addirittura la rubrica 71 *De litteris, vel nuntiis non mittendis ad inimicos communis Florentiae*⁽⁵⁵⁾ punisce tutti coloro che avessero in animo di inviare lettere, nunzi, denaro, cavalli o armi a qualunque « inimicos publicos communi Florentiae », ovvero di offrire loro qualsiasi ausilio, consiglio o favore, tacitamente o occultamente, oppure che ricevano da quelli lettere o messaggeri.

Un discreto numero di rubriche insiste, poi, sugli atti o comportamenti che offendono l'*ordo civitatis* nella dimensione esterna, quella cioè del Dominio territoriale. Al di là di accenni più o meno consistenti, disseminati un po' lungo tutto il segmento di disposizioni statutarie isolato⁽⁵⁶⁾, possiamo leggere rubriche appositamente dedicate a questo specifico profilo della sovversione.

È il caso, innanzitutto, della rubrica 63 *De poena rebellantis*

⁽⁵¹⁾ Come enunciato nella rubrica 61.

⁽⁵²⁾ SBRICCOLI, *Crimen Laesae Maiestatis*, cit., p. 311.

⁽⁵³⁾ Statuti del 1415, III, 61.

⁽⁵⁴⁾ Ivi, III, 65 *De poena elevantis banderiam, vel insignam in civitate Florentiae pro rumore, vel tumultu faciendo*, p. 285, vol. I, dell'edizione a stampa.

⁽⁵⁵⁾ Ivi, pp. 289-290, vol. I, dell'edizione a stampa.

⁽⁵⁶⁾ Tipo il « pro invadendo aliquam civitatem, terram, vel castrum dicto communi Florentiae suppositum, seu in qua, vel quo dictum commune Florentiae haberet aliquam praeheminentiam, iurisdictionem, vel custodiam » alla rubrica 61.

aliquem locum, vel guerram facientis contra commune Florentiae ⁽⁵⁷⁾, dove assurge al rango di condotta penalmente rilevante il fatto di chi induca « *aliquod castrum, terram, vel fortilitiam* » a ribellarsi « *contra populum, et commune Florentiae* ». Oppure, di chi invada o occupi uno dei posti suddetti e li mantenga in questo stato sempre nell'ottica di ribellarsi a Firenze, anche muovendo guerra contro la Repubblica. Viene, quindi, punito il comportamento di chi si ribelli « *derobando, vel praedando, vel hostiliter cum banderiis elevatis in comitatu, vel districtu Florentiae, seu in terras, quas tenebat, vel tenet, vel tenebit dictum commune in vituperium populi, et communis Florentiae* ». Vengono, da ultimo, sanzionati quanti, nei luoghi menzionati, offrano qualunque forma di ausilio ai promotori dell'azione ribelle.

Ancor più indicativa, la rubrica 68 *De poena dantis, vel restituentis aliquam fortilitiam communis Florentiae alteri quam dicto communi* ⁽⁵⁸⁾, soprattutto laddove punisce il fatto di chiunque invaderà, occuperà, prenderà o riprenderà delle fortezze erette fra contado e distretto e sottoposte al controllo permanente o temporaneo della Dominante, « *minuendo de iurisdictione, custodia et honorantia dicti communis* ». Si avverte, in quest'ultimo lessema, un senso di unità territoriale molto forte — lo suggerisce l'uso del verbo « *minuere* » — e, nello stesso tempo, si percepisce il notevole impegno profuso nel difendere da minacce di qualsiasi tipo — vedi in tal senso la cura dedicata ai fortificati — quest'unità così faticosamente conquistata e in via di progressiva implementazione. Anche perché — come la ricerca dovrà poi mettere in debita luce — la salvezza della *civitas-respublica* e, inevitabilmente, della stessa élite al potere, dipende dall'accrescimento del territorio che circonda il quadro urbano e, prima ancora, dalla conservazione delle aree già assoggettate.

Non ci si contenta della pura e semplice estrinsecazione materiale della condotta. Si può, infatti, essere puniti per la sola *cogitatio* ovvero per essere *conscii non revelantes*, come limpida-

⁽⁵⁷⁾ Statuti del 1415, III, 63, pp. 283-284, vol. I, dell'edizione a stampa.

⁽⁵⁸⁾ Ivi, pp. 287-288, vol. I, dell'edizione a stampa.

mente attesta il dettato della rubrica 60 *De poena non revelantium tractatum* ⁽⁵⁹⁾.

Lasciamoci dietro il momento dell'infrazione — e cioè il momento in cui il perturbatore dell'*ordo civitatis* agisce, o anche solo cospira nella sfera occulta della sua mente, contro l'ordine costituito, minacciando la perpetuazione del potere — e scandagliamo più distesamente il momento in cui la *civitas-respublica* e, nel concreto, chi la rappresenta e la anima, reagisce a tutti quei crimini che la offendono direttamente ⁽⁶⁰⁾. E compiamo un procedimento inverso, cioè a dire, sfogliamo prima il catalogo delle pene e poi, da quello, risaliamo all'iter giudiziario culminante nella irrogazione di quelle sanzioni.

Il catalogo contempla, innanzitutto, — com'era lecito attendersi — la pena suprema, la pena capitale. Pressoché l'intero blocco di rubriche selezionate ne fa menzione ⁽⁶¹⁾. Ma quello che più comunica il penetrante grado di egemonizzazione del penale, misurabile nel saggiare il livello di efferatezza della punizione del colpevole, è il supplizio minuziosamente descritto nella rubrica 61: lacerazione delle carni con ferri roventi punitivi o vendicatori («*ultoribus*») fino al patibolo, impiccagione con al collo una catena di ferro in maniera che nessuno possa sottrarre il suppliziato all'esecuzione della giustizia pubblica — magari per evitare che la folla inferocita ne faccia scempio ⁽⁶²⁾.

Così come quasi tutte le disposizioni statutarie in esame concordano nel comminare al reo la confisca dei beni, che aveva

⁽⁵⁹⁾ Statuti del 1415, III, 63, p. 278, vol. I, dell'edizione a stampa.

⁽⁶⁰⁾ Perché come osserva SBRICCOLI, *Crimen Laesae Maiestatis*, cit., pp. 363-364, il reato politico « non si riduce, *tout court*, allo stabilirsi di una serie imponente di occasioni del delinquere, né tutta la sua essenza si risolve nella sottile costruzione di un ingranaggio complicato, capace di rispondere con prontezza e su di un'area estesissima, ad ogni possibile minaccia politica. Anche la risposta conta: non sono indifferenti la sua qualità, l'intensità che la caratterizza, il modo con cui viene data. Contano, cioè, e molto, le pene comminate e l'iter giudiziario per il quale si arriva a comminarle ».

⁽⁶¹⁾ In particolare, la pena di morte è esplicitamente menzionata alle rubriche 60, 61, 63, 64, 65.

⁽⁶²⁾ Statuti del 1415, III, 61, p. 278, vol. I, dell'edizione a stampa: «*debeat ultoribus ferris, seu tanaliis in eius corpore lacerari, seu attanaliari, vulgariter intellecto vocabulo, et demum suspendi cum catena nullatenus deponendus sed super furcis continuo stare debeat* ».

evidentemente drammatiche ripercussioni sul nucleo dei familiari innocenti, in alcun modo coinvolti nel delitto (63).

Altra costante è la diffamazione, la squalificazione del sovvertitore dell'ordine politico agli occhi della comunità intera, attuata nella maniera fissata, ancora una volta, dalla rubrica 61 — che non esiteremo a definire un po' il cardine del sistema dei crimini politici disciplinati dagli Statuti fiorentini del 1415. Si dispone, cioè, la registrazione dei condannati come *proditores* in un apposito elenco tenuto presso l'ufficio di Parte Guelfa, intervenuta la quale era proibito ricoprire qualunque carica pubblica, comminando ulteriori pene di natura pecuniaria ai contravventori, pure qualora la sentenza di condanna fosse stata successivamente annullata (64).

Sfidare le regole dell'*ordo*, il più delle volte, significava per il reo subire il bando, come si evince chiaramente dal testo della rubrica 163 *De premio dando occidentibus bannitos, et condemnatos pro rebellion, turbatione, vel subversione status, seu tractatu* (65), dove si prevede che chiunque sia stato condannato a morte « occasione rebellionis, turbationis, vel subversionis status pacifici civitatis Florentiae, seu tractatus facti contra dictum statum », possa, in qualunque parte del mondo, essere ucciso ovvero offeso in altro modo, impunemente. E chiunque lo uccida o lo consegni alle autorità beneficerà di alcuni privilegi (66).

Laddove gli Statuti non indichino espressamente la pena che il

(63) La *publicatio omnium bonorum* è menzionata nelle rubriche 61, 63, 65.

(64) È tuttavia interessante notare come il marchio di infamia rappresentato dalla registrazione dovesse essere circoscritto alla sola persona direttamente responsabile. Anzi, si impone al notaio o cancelliere della Parte tenentario del registro di curare che questa pena infamante non recasse pregiudizio ai figli o comunque ai congiunti della persona condannata.

(65) Statuti del 1415, pp. 363-366, vol. I, dell'edizione a stampa.

(66) Piuttosto ricca la letteratura di diritto comune sul bando: NELLUS DE SANCTI GEMINIANO, *De bannitis*, in *Tractatus universi iuris*, vol. XI, Venetiis, 1584; IACOBUS DE ARENA, *Tractatus de bannitis*, in *Tractatus illustrium iurisconsultorum*, vol. XI, Venetiis, 1584; BARTOLUS DE SASSOFERRATO, *Tractatus Bannitorum, 5 Praeses Provinciae*, in *Opera, quae extant, omnia*, X, Venetiis, 1596. Per una ricognizione d'insieme, vedi A.A. CASSI, *Il "segno di Caino" e "i figliuoli di Bruto". I banditi nella (dalla) civitas dell'Italia comunale e signorile tra prassi statutaria e scientia juris*, in *Ai margini della civitas. Figure giuridiche dell'altro tra medioevo e futuro*, a cura di Id., Soveria Mannelli, Rubbettino, 2013, pp. 79-104.

reo dovrà subire, si lascia spazio all'*arbitrium iudicis*, come nel contesto della rubrica 66 *De poena clamantium, vel concitationem facientium* ⁽⁶⁷⁾.

Come le pene, così anche l'iter giudiziario viene incanalato lungo i solchi dell'egemonico. Il processo può partire per *denunciationem vel notificationem* oppure *ex officio vel inquisitionem*. Si fa di tutto perché le trame cospirative partorite nel segreto conoscano la luce della verità; pertanto, pure nel caso che non intervenga l'iniziativa d'ufficio, si stimola il *civis* obbediente a informare le autorità, premiando la sua *fides* alla *respublica* e al regime di potere che la guida, con somme di denaro ovvero concedendogli licenza di girare per la città e il suo Dominio portandosi dietro armi sia da offesa (di regola, proibite) sia a difesa ⁽⁶⁸⁾. Torna ad essere indicativa in tal senso la rubrica 61: la eventuale denuncia — eventuale, potendo il giudice procedere anche *ex officio vel inquisitionem* — non deve necessariamente essere pubblica né sottoscritta, incentivando così le delazioni. A ciò si aggiunge la previsione di dare ai Rettori « plenum et liberum arbitrium » tanto nell'istruzione, quindi nella raccolta delle prove (« in inquirendo »), quanto nella conduzione dell'intero processo (« in procedendo »), ma soprattutto nella sottoposizione del sospettato cospiratore ai tormenti « cum inditiis et sine ». Ma al di là della tortura e della *plena confessio* del reo, è proprio il corredo probatorio sopra il quale far sveltare l'impalcatura dell'istruttoria ad essere più leggero. Sempre nell'ambito della rubrica 61, quando interviene a disciplinare il trattamento da riservarsi ai Magnati della città o del contado fiorentino che si siano macchiati del crimine di cospirazione, in una qualsiasi delle forme prese in considerazione dalla rubrica medesima, si obbligano i parenti della persona con-

(67) Statuti del 1415, pp. 285-286, vol. I, dell'edizione a stampa, dove si ribadisce che i Rettori forestieri hanno: « cognitionem, et liberum arbitrium in inquirendo, investigando, et tormentando, procedendo, et puniendo cum accusatione, denunciatione, vel sine, secrete, et palam, prout eisdem placuerit ». Sul concetto di *arbitrium*, M. MECCARELLI, *Arbitrium. Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*, Milano, Giuffrè, 1998; M. MAGNANI, *La risposta di Venezia alla rivolta di San Tito a Creta (1363-1366): un delitto di lesa maestà*, in « Mélanges de l'École française de Rome-Moyen Age », 127 (2015), 1, §§1-24.

(68) Statuti del 1415, III, 62 *De premio revelantium tractatum*, pp. 282-283, vol. I, dell'edizione a stampa.

dannata a dare soddisfazione al Comune per la esorbitante cifra di 3.000 fiorini d'oro. Su quest'ultimo punto, il testo dice « ad quam exactionem fiendam sufficiat condemnatio dicti magnatis etiam per contumaciam, sine alia probatione ».

Il processo si svolge « summarie, et de plano »⁽⁶⁹⁾, rimesso alla conduzione dei tre Rettori forestieri (Podestà, Capitano ed Esecutore) che gli Statuti, per la verità già a partire dalla redazione del 1409, pongono ora sullo stesso piano, non ancora esautorati — come invece accadrà a cominciare dagli anni Trenta del Quattrocento — dalla magistratura cittadina degli Otto di Guardia, già presente nelle nostre rubriche come organo deputato a custodire l'*ordo civitatis* dalle trame sovversive tessute dai nemici interni ed esterni della *respublica*, ma non ancora in veste di giudicatura criminale⁽⁷⁰⁾.

Sappiamo che la cifra portante del penale egemonico è la sua spiccata propensione a reprimere, comprimendo gli spazi della negoziazione, senza, sia chiaro, mai eliminarli del tutto. E anche su questo versante cruciale le rubriche in esame non sono da meno. La manifestazione più eclatante viene nuovamente dalla rubrica 61 — che abbiamo quindi ben ragione ad eleggere a cardine del sistema. Ci riferiamo al passaggio in cui si dice che nessun Rettore o ufficiale possa dispensare dall'irrogazione di quell'atroce supplizio descritto poco sopra (attanagliamento con impiccagione), e in più si nega la

(69) Statuti del 1415, III, 65 *De poena elevantis banderiam, vel insignam in civitate Florentiae pro rumore, vel tumultu faciendo*, p. 285, vol. I, dell'edizione a stampa. Ma vedi anche la formula « Quilibet officialis, seu rector communis Florentiae, et eius iudex maleficiorum omni exceptione, et cavillatione remotis, teneantur, et debeant condemnare, et punire realiter, et personaliter, ita quod moriantur, et contra ipsos procedere, etiam sine iudiciis, et processum expedire, et terminare, prout voluerint, et circa praedicta procedere taliter, quod praedicta maleficia puniantur », di cui alla rubrica 63 *De poena rebellantis aliquem locum, vel guerram facientis contra commune Florentiae*, pp. 283-284, vol. I, dell'edizione a stampa. Si può far risalire l'idea di giudicare i rei di crimini politici in modo sommario alla celebre costituzione imperiale *Ad reprimendum* (1313), per la quale i traditori potevano essere condannati « summarie et de plano sine strepitu et figura iudicis ». Il testo delle costituzioni enriciane è consultabile in J. SCHWALM, *Constitutiones et acta publica imperatorum et regum inde ab anno MCCXCVIII usque ad annum MCCCXIII (1298-1313)*, 2 voll., Hannover, Hahn, 1911.

(70) Ritroviamo gli Otto di Guardia nelle rubriche 60 e 62, oltre che in una apposita sezione sugli ufficiali intrinseci (*De officiis civium. De officio Octo custodiae*) al libro quinto, trattato secondo, rubriche 55-58, pp. 65-70, vol. III, dell'edizione a stampa.

concessione di quella principale forma di reintegrazione sociale che è la grazia. A meno che — e questo è importante sottolinearlo come spia di un maggiore accentramento dei poteri — non intervenga una deliberazione in proposito della Signoria con i Collegi, ad altissima maggioranza (trentadue fave). Un altro esempio interessante è ricavabile dalla rubrica 64 *De poena facientis tractatum de iis, quae spectant ad commune Florentiae* ⁽⁷¹⁾, dove si fa divieto a chiunque di imbastire con i Signori una trattativa sulla riduzione allo stato di ribelle di persone riconosciute colpevoli di questo crimine o passibili di rinbandimento (fuoriuscita dal bando), anche qui « sine licentia expressa dominorum Priorum, et Vexilliferi iustitiae, de qua apparere debeat publicum instrumentum ». Previsioni del genere sembrano comunicare che, sopra una materia così delicata quale è la sicurezza della *civitas-respublica*, non esista più alcun margine di trattativa. Quello spirito di mediazione che in origine pervadeva massimamente, e che adesso residuerà invece in poche fattispecie delittuose comuni, la giustizia penale, risulta essere, nelle disposizioni appena menzionate, parecchio offuscato.

Anche il lessico delle rubriche del libro terzo degli Statuti del 1415 or ora esaminate — pressoché tutte mutate dalla compilazione del 1409 — restituisce puntualmente il paradigma dell'infrazione politica.

Vediamo allora le trame eversive scomporsi nelle molteplici e sfaccettate forme del *tractatus*, della *seditione*, della *coniuratio*, della *subversione*, della *congregatio gentium*, della *conventicula*, della *conspiratio*, del *tumultus*. E tutte accomunate dal medesimo scopo di provocare una *mutationem* nell'ordine costituito.

Parimenti, le disposizioni statutarie intercettate lasciano sensibilmente percepire il linguaggio del potere, delle sue logiche sottili, del suo bisogno estremo di preservare se stesso, da cogliersi in modo particolare a livello dei rapporti fra *civitas* dominante e realtà territoriali soggette. Queste ultime sono continuamente qualificate secondo una relazione di inferiorità rispetto al centro, comunicata da espressioni del tipo *suppositum*, *praebementiam*, *iurisdictionem*, *custodiam*. Sappiamo bene, infatti, che il denomina-

(71) Statuti del 1415, III, 64, pp. 284-285, vol. I, dell'edizione a stampa.

tore comune dell'immagine del potere politico — così come confezionata dalla dottrina di diritto comune — si configura dall'alto verso il basso, dal giudicante al giudicato, dal dominante al dominato⁽⁷²⁾. Perciò, nel Medioevo e, ancora, nella prima Età moderna, il rapporto di potere è un rapporto diseguale, da superiore a inferiore, ricavabile per contrapposizione dai diritti del potente, fra cui rientra il diritto a difendere se stesso da qualsivoglia trama perturbativa.

Letto in quest'ottica generale, il processo di potere si struttura attorno al nesso dominio-soggezione attraverso un altro elemento-chiave non estraneo alla intelaiatura testuale delle nostre rubriche: la *obedientia*⁽⁷³⁾. Elemento, questo della obbedienza, che costituisce parte integrante di una catena più lunga e ben strutturata, cui vanno

(72) Cfr. P. COSTA, *Iurisdictio: semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)*, Milano, Giuffrè, 1969. In questo testo, Costa individua il *terminus a quo* della raffigurazione medievale del potere nell'opera di Irnerio (1100 ca.), secondo il quale « iurisdictio est potestas cum necessitate iuris s. reddendi equitatisque statuende ». Il *terminus post quem* è dato, invece, dal *De concordantia catholica* di Niccolò Cusano (1433), per cui « Non omnis habens iurisdictionem habet condendi potestatem, sed omnis habens condendi potestatem habet iurisdictionem ». A giudizio dell'autore (p. 176): « È il rovesciamento dell'immagine bartoliana (e con ciò intendiamo dire: medievale) del potere. Si ricrea una relazione di iponimia, ma i lessemi in relazione sono capovolti: non più *iurisdictio* è sovraordinata a *potestas statuendi*, ma la prima parola è iponima di quest'ultima. Il che è come dire che immagine del potere non è più *iurisdictio*, ma *potestas statuendi*, che il modello dell'azione politica non è più il giudicare, ma il legiferare ». Gli Statuti fiorentini, nella redazione del 1415, ancora non si distaccano dalla *iurisdictio*, immagine e cuore, come ha sottolineato Costa, del potere politico fra Medioevo e prima Età moderna. Anzi, proprio la versione degli Statuti curata da Paolo di Castro, ristabiliva il primato della *iurisdictio* dopo che la cassata compilazione del 1409 aveva, viceversa, assegnato una preminenza inusitata ai problemi della *gubernatio*, facendo esordire il testo con le norme su Signori e Collegi (*Tria maiora officia huius urbis cum eius membris*) e relegando quelle sugli uffici propriamente giudiziari di Podestà, Capitano ed Esecutore (*offitia Rectorum forensium*) alla quinta *Collatio*. Cfr. sul punto R. FUBINI, *La rivendicazione di Firenze della sovranità statale e il contributo delle "Historiae" di Leonardo Bruni*, in *Leonardo Bruni Cancelliere della Repubblica di Firenze*, Convegno di Studi (Firenze, 27-29 ottobre 1987), a cura di P. Viti, Firenze, Olschki, 1990, pp. 29-62, in particolare, pp. 47-54.

(73) Statuti del 1415, III, 62 *De premio revelantium tractatum*, pp. 282-283, vol. I, dell'edizione a stampa. In particolare, la parola *obedientia* è leggibile a p. 282.

aggiunti gli anelli della *proditio* e della *rebellio*, lemmi — guarda caso — anch'essi contemplati dalle disposizioni in commento (74).

È ormai patrimonio comune della storiografia giuridica che la *proditio*, cioè il tradimento, costituisca, assieme alla *rebellio*, un presupposto ideologico irrinunciabile dell'infrazione politica (75). Lo si afferra meglio riflettendo che due sono le premesse su cui poggia quella particolare forma di organizzazione della società che è lo Stato, colto nel presente studio in una forma embrionale, appena accennata: la *civitas* fiorentina con il suo Dominio territoriale quale esempio, fra tanti, di Stato giurisdizionale o Stato di giustizia o, ancora, Stato di corpi. Da una parte, la soggezione, la quale qualifica il rapporto che corre fra il suddito e il potere, nell'incarnazione che ne realizza il principe o, nel nostro caso, la repubblica. Dall'altra, la fedeltà che, forma suprema di obbedienza, è elemento indispensabile affinché il rapporto stesso di potere — inteso, come dicevamo, quale rapporto di sudditanza, relazione fra superiore e inferiore — si conservi nel tempo. Perciò, ribellione e tradimento, proprio perché integrano un comportamento che nega la soggezione e la fedeltà, costituiscono la base comune di tutta quanta la problematica dottrinale in materia di reato politico. Evidentemente, pure i compilatori del blocco di rubriche qui anatomizzate, operavano muovendosi dentro lo stesso retroterra culturale, riportando qualsiasi fatto delittuoso, fra quelli ascrivibili alla categoria del reato politico, all'interno dello schema bipolare del tradimento e della ribellione.

3. *L'egemonizzazione del penale nelle rubriche del Tractatus Ordinamentorum Iustitiae.*

L'itinerario percorso lungo i sentieri delle forme di repressione del dissenso politico previste a livello di disposizioni statutarie sarebbe incompleto se non esaminassimo pure alcune rubriche ricomprese all'interno di una particolare sezione dei nostri Statuti: il

(74) Per la precisione, la rubrica 61 menziona i rei di cospirazione come dei *proditores*, mentre la parola *rebellio* ricorre più volte, declinata in vario modo, nella rubrica 63.

(75) Cfr., su tutti, SBRICCOLI, *Crimen Laesae Maiestatis*, cit. Ma vedi, anche, le considerazioni di MAGNANI, *La risposta di Venezia alla rivolta di San Tito a Creta*, cit.

Tractatus Ordinamentorum Iustitiae. Sono almeno un paio le ragioni che concorrono a rendere peculiare questa sezione.

Innanzitutto, è solo in occasione del progetto di revisione statutaria avviato sull'onda dei drammatici sconvolgimenti politici, istituzionali e sociali di fine Trecento e poi culminato nelle due redazioni del 1409 e del 1415, che il testo degli Ordinamenti di Giustizia, sempre legato fin dal Duecento ad una tradizione manoscritta autonoma, viene incorporato nel medesimo codice degli Statuti. Inscrizione statutaria che viene realizzata scegliendo una collocazione specifica, che esaltasse soprattutto il corposo nucleo di norme a contenuto criminale avente come destinatari esclusivi i Magnati e messo a punto in quegli anni di trapasso fra XIII e XIV secolo, culla della pubblicizzazione del penale ⁽⁷⁶⁾. Invero, già la versione del 1409 ospitava il testo degli Ordinamenti all'altezza della nona ed ultima partizione, subito dopo la *Collatio VIII De maleficiis*. Dopodiché, cassata la compilazione curata dal Montegranaro, la *Collatio IX*, un poco alleggerita nel numero di rubriche — 101 contro 129 — viene trasposta nella redazione del Castrense in maniera tale da formare un *tractatus*, ossia una appendice tematica specifica, integrativa del libro terzo sulle cause penali assieme con il *tractatus* sui cessanti e fuggitivi (con contenuti assimilabili al nostro diritto fallimentare).

Detta specificità tematica è alla base della seconda ragione che contribuisce, non solo a rendere particolare il *Tractatus*, quanto soprattutto ad inserirlo a pieno titolo nella nostra ipotesi ricostruttiva sui profili egemonici del penale negli Statuti fiorentini del Quattrocento. Difatti, anche solo dedicandogli uno sguardo di massima, è immediatamente intuibile che il testo perde molto del suo originario carattere di normativa antimagnatizia; lo stesso magistrato un tempo preposto a custodire quella normativa, l'Esecutore, appare come sganciato dalla funzione di tutela della legislazione contro i Magnati, per essere inserito in una più complessa varietà di funzioni, ridotto cioè ad una semplice emanazione dell'imponente apparato burocratico in via di definizione negli anni del

(76) Vedi sul punto M. SBRICCOLI, « *Vidi communiter observari* ». *L'emersione di un ordine penale pubblico nelle città italiane del secolo XIII*, in « *Quaderni fiorentini* », XXVII (1998), pp. 231-268.

regime albizzesco. Viceversa, il nuovo testo sembra concentrarsi parecchio sulle disposizioni che regolano l'esclusione politica attraverso lo strumento penale antimagnatizio, volgendolo contro gruppi esterni al regime, o comunque ad esso apertamente ostili ma, soprattutto, contro delinquenti comuni.

Sembra, così, affiorare — in particolare, dalle rubriche 24, 28, 29, 70, 71 — un altro, preciso, tratto caratteristico del processo di egemonizzazione del penale modellato dal paradigma dell'infrazione politica. Un tratto che queste disposizioni ordinamentali colorano, invocando, ancora una volta, l'uso del linguaggio. Si allude, qui, alla ricorrenza nelle suddette rubriche della endiadi *atrox-enormitas*. La *enormitas* — che la tradizione giuridica medievale comincia ad usare indistintamente come sinonimo della *atrocitas* romana — univa sullo stesso piano i crimini realmente lesivi delle autorità superiori (ossia, la maestà divina e le maestà terrene) a tutto il sottobosco di fatti delinquenti comuni che, per quanto gravi potessero essere, non arrivavano propriamente ad investire l'*ordo civitatis*, nelle sue declinazioni di ordinamento politico, sociale e religioso (77). È la testimonianza inequivocabile di quel preciso aspetto dell'egemonico che si sostanzia nella lenta, ma progressiva, inesorabile dilatazione del paradigma dell'infrazione politica e, ovviamente, della connessa risposta repressiva, a gran parte dell'universo criminale; un aspetto che può dirsi compiutamente delineato solo fra Cinque e Seicento e cioè quando, a livello politico-istituzionale, si registra l'assolutizzazione della forma Stato giurisdizionale (78).

Si prenda, a titolo esemplificativo, la rubrica 28 *Quod offendentes dominos, et collegia sint magnates* (79). La prima parte della disposizione è quella più chiaramente politicizzata, non fosse altro perché il fatto criminoso va a colpire la Signoria con i Collegi — cioè

(77) Cfr. SBRICCOLI, *Crimen Laesae Maiestatis*, cit., pp. 276, 293-295, 363-365; l'autore menziona l'endiadi *atrocitas-enormitas* a proposito della *seditione*, del turbamento dell'ordine pubblico, dei *facinorosi seditiosorum* e della risposta repressiva riservata al reato politico. Cfr., altresì, J. THÉRY, *Atrocitas/enormitas. Per una storia della categoria di crimine enorme nel basso Medioevo (XII-XV secolo)*, in « Quaderni storici », CXXXI (2009), 2, pp. 493-521.

(78) Cfr. SBRICCOLI, *Crimen Laesae Maiestatis*, cit., p. 263.

(79) Statuti del 1415, pp. 438-440, vol. I, dell'edizione a stampa, *Tractatus Ordinamentorum Iustitiae* (d'ora in avanti TOI).

a dire gli uffici di vertice della Repubblica — e, attraverso quelli, indirettamente la *civitas* e il suo ordinamento politico. Si comincia, pertanto, col prevedere che l'autore di un'offesa semplice rivolta ai Signori, ai Collegi e al loro corpo notarile, sia punito con una pena doppia rispetto a quella ordinaria. Alla condanna, valida anche se pronunciata in contumacia, deve aggiungersi la dichiarazione di Magnate, se il reo è un Popolano, ovvero di super Magnate, se già Magnate. Quindi, si passa ad un livello superiore di offesa. Infatti, la persona che uccida una delle autorità predette diventerà, « ipso facto », ribelle, Magnate, se di Popolo, ovvero super Magnate, se già Magnate, infine, escluso da ogni ufficio e beneficio che la Repubblica riconosce ai cittadini obbedienti. Tale trattamento si estende automaticamente ai suoi discendenti fino al terzo grado, a meno che consegnino alla giustizia pubblica, vivo o morto, il diretto responsabile, entro un anno dall'intervenuta condanna. Si dà, inoltre, ai consorti del reo la possibilità di « vindicare omni vindicta in persona principalis offendentis, et fratrum, filiorum ipsius malefactoris, et descendentium ipsius usque in quartum gradum natorum tempore dicti maleficii commissi, et cum omni societate quam voluerint habere »⁽⁸⁰⁾. Quest'ultimo passaggio merita di essere sottolineato perché, indirettamente, attesta il grado di eccezionalità che ormai, 1415, veniva riservato alla vendetta, un tempo nucleo primigenio del penale nelle città italiane⁽⁸¹⁾. Qui, invece, la vendetta viene vista come una sorta di privilegio da concedere a quanti, in un certo senso, vogliono dare il loro contributo a che la giustizia faccia il suo corso. Chiunque, anche se non si è legati da qualche forma di vincolo con il colpevole, consegni lo stesso, vivo o morto, alle autorità, potrà andare esente da qualsiasi altra pena in perpetuo e da quella particolare forma di imposizione fiscale denominata prestanza. Non solo. Gli viene poi data licenza di portare con sé armi sia da offesa (di regola, illegali, ricordiamolo) che a difesa, e non potrà

⁽⁸⁰⁾ Ivi, p. 438, vol. I, dell'edizione a stampa, TOI.

⁽⁸¹⁾ Cfr. SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, cit., pp. 164-165. Si tratta di una pratica, almeno per la Firenze del XV secolo, in disuso, stando alla ricostruzione tracciata da G.A. BRUCKER, *Firenze nel Rinascimento*, presentazione di S. Bertelli, traduzione di M.R. Bertelli, Venezia, La Nuova Italia, 1980. Si veda, in particolare, il documento riportato in appendice al volume, alle pp. 305-306.

essere perseguito dai Rettori o da altri ufficiali pubblici « pro aliquo debito communis Florentiae », se non previa deliberazione di Signori e Collegi.

Il livello di offesa e, insieme, di politicITÀ crescono ancora di più laddove si dice che chiunque offenda nella persona « aliquem qui fuerit de prioribus artium, et vexilliferi iustitiae, vel eorum collegiis, vel notariis ipsorum ab an. millesimo tercentesimo octuagesimo primo quo tempore fuit facta mutatio status civitatis Flor. in verum statum popularem, et guelfum »⁽⁸²⁾, sia punito con una pena doppia rispetto a quelle ordinarie e, in caso di omicidio, sia dichiarato, al solito, Magnate, se Popolano, ovvero super Magnate, se già Magnate.

Nell'ultima parte, emerge con nettezza quella dilatazione del paradigma dell'infrazione politica all'area della delinquenza comune cui si accennava poco sopra. Si attribuisce, infatti, lo status magnatizio pure a qualsiasi persona che sia stata condannata, anche in contumacia, « pro aliquo homicidio ». Lo stesso avviene, in una prospettiva territoriale, per quel comitatino o distrettuale del Dominio fiorentino che offenda nella persona un suo nemico, o un suo « dominum », ovvero un ufficiale della Repubblica fiorentina « deputatum per commune Florentiae ad reddendum ius ».

Il regime di potere aveva tutto da guadagnare nell'estendere l'etichetta del Magnate o addirittura del super Magnate ai responsabili di reati gravissimi — appunto, « atrocità vel enormia »⁽⁸³⁾ — contro l'ordine costituito così come ai delinquenti comuni, per le

(82) Statuti del 1415, p. 438, vol. I, dell'edizione a stampa, TOI. Qui si allude chiaramente alla caduta dell'ultimo regime corporativo artigiano, quello delle Arti minori, nel gennaio del 1382, che portò alla serrata del governo della *civitas* da parte di un pugno di famiglie aristocratiche fiorentine — quell'oligarchia guelfo-magnatizio-mercantesca emersa tra Due e Trecento proprio grazie alla storica redazione degli Ordinamenti di Giustizia — capitanate dagli Albizzi. Questo passaggio della rubrica è un limpidissimo esempio di come la compilazione statutaria del 1415 consacrò, desse cioè veste formale e legale, alla svolta in senso aristocratico ed elitario del regime della *civitas*, quello albizzesco. Sull'oligarchia guelfo-magnatizio-mercantesca e sull'apporto che al suo protagonismo politico dettero gli Ordinamenti di Giustizia — uniti a tutto il fenomeno delle riammissioni a Popolo — vedi G. TABACCO, *Egemonie sociali e strutture del potere nel Medioevo italiano*, Torino, Einaudi, 2000, pp. 330-351.

(83) L'endiadi compare, per esempio, nella rubrica 24 *De causis faciendi magnates*, pp. 429-434, vol. I, dell'edizione a stampa, TOI.

ricadute terribili che quell'etichetta comportava. Qualche esempio. I Magnati erano, innanzitutto, obbligati a dare sicurtà al Comune, a prevenzione dei crimini che potevano commettere ⁽⁸⁴⁾. Ai Magnati non era permesso vivere nello stesso quartiere della città o plebato del contado ⁽⁸⁵⁾, ma soprattutto erano esclusi da determinati uffici pubblici ⁽⁸⁶⁾. Non potevano testimoniare né rivolgere accuse contro Popolani a meno che il Magnate accusatore fosse il solo offeso ⁽⁸⁷⁾. I Magnati potevano, viceversa, essere accusati con maggiore agilità, condannati con minor dispendio di prove, passibili di sanzioni pecuniarie pesantissime ⁽⁸⁸⁾. In più, l'essere Magnate comportava di per sé corresponsabilità dei consorti e dei familiari per le sicurtà e le pene ⁽⁸⁹⁾. Infine, quando a commettere un crimine era un Magnate, la persona offesa aveva l'obbligo di accusare ⁽⁹⁰⁾.

4. *Prospettive di ricerca. Il penale come fattore di costruzione dello Stato territoriale.*

L'analisi delle rubriche selezionate dal libro terzo degli Statuti fiorentini del 1415, così come l'esame di alcune delle rubriche costitutive del *Tractatus Ordinamentorum Iustitiae*, derivate in massima parte dalla cassata versione del Montegranaro, dimostrano — a nostro avviso — che, per Firenze, il processo di egemonizzazione del penale avviatosi sul finire del Duecento era, negli anni delle redazioni statutarie, in pieno e fruttuoso svolgimento. Dimostrano, altresì, che il palcoscenico privilegiato di questo processo era dato dal filone dei crimini politici. Più in particolare, la coincidenza tra giustizia criminale e repressione, lasciando ai margini certi residuati

⁽⁸⁴⁾ Ivi, pp. 448-457, vol. I, dell'edizione a stampa, TOI, rubrica 33.

⁽⁸⁵⁾ Ivi, pp. 428-429, vol. I, dell'edizione a stampa, TOI, rubrica 23.

⁽⁸⁶⁾ Ivi, pp. 507-510, vol. I, dell'edizione a stampa, TOI, rubriche 89, 90, 91, 93, 94.

⁽⁸⁷⁾ Statuti del 1415, p. 465 e pp. 483-484, vol. I, dell'edizione a stampa, TOI, rubriche 43 e 61.

⁽⁸⁸⁾ Ivi, pp. 428-429, 490-491, 499-501, vol. I, dell'edizione a stampa, TOI, rubriche 23, 72, 78, 79.

⁽⁸⁹⁾ Ivi, pp. 458-460, 475-476, 479-481, vol. I, dell'edizione a stampa, TOI, rubriche 36, 56, 58, 59.

⁽⁹⁰⁾ Ivi, p. 488, vol. I, dell'edizione a stampa, TOI, rubrica 68.

privatistico-comunitari di tipo negoziale, stava passando attraverso la definizione di tecniche particolarmente invasive, ai confini dell'arbitrarietà e della sommarietà, di accertamento e di soffocamento di ogni atto o comportamento diretto a turbare l'*ordo civitatis*, sia dall'interno che dall'esterno, magari provocando disordini nelle varie comunità soggette.

Se questo profilo risulta sufficientemente chiaro, più problematico diventa affrontare, in queste note conclusive, il connesso aspetto se, già all'epoca delle compilazioni statutarie del 1409 e del 1415, i giuristi, soprattutto quelli di area fiorentina, fossero giunti, nelle loro speculazioni teorico-dottrinali, a ricondurre tecnicamente il fatto criminoso di ribellarsi a Firenze e al suo Dominio territoriale, a quello « strumento di arbitraria repressione di ogni forma di dissenso politico »⁽⁹¹⁾ che è il *crimen laesae maiestatis*. Il che implica poi, inevitabilmente chiarire se Firenze, e come essa anche altre *civitates*, potesse o meno vantare l'attributo della *maiestas*.

Le rubriche esaminate, pur impiegando un frasario riconducibile al campo semantico del *crimen laesae maiestatis*, non lo menzionano mai espressamente⁽⁹²⁾.

Viene, allora, spontaneo interrogarsi sulle ragioni di questo silenzio da parte delle nostre fonti. La questione è piuttosto controversa, pure nelle stesse ricostruzioni storiografiche, perché da una parte la cultura giuridica, sia di diritto comune sia di diritto statuario, appare come frenata, cauta, prudentissima, nel caricare la *civitas* di una qualifica, quella maiestatica, tradizionalmente riservata alle sole due entità universali dell'impero e del papato⁽⁹³⁾. Dall'altra,

(91) SBRICCOLI, *Crimen Laesae Maiestatis*, cit., p. 255. Spunti utili per ripensare il tema classico dei crimini politici con nuove idee in A. DE BENEDICTIS, K. HÄRTER, *Revoluten und politische Verbrechen zwischen dem 12. und 19. Jahrhundert: Rechtliche Reaktionen und juristisch-politische Diskurse*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2013.

(92) Qualcosa di analogo a Firenze è stato rilevato per Venezia da MAGNANI, *La risposta di Venezia alla rivolta di San Tito a Creta*, cit., §5: « nonostante si tratti palesemente di reati ascrivibili al *crimen laesae maiestatis*, la documentazione ufficiale non definì mai tali episodi attraverso questa qualifica, preferendo invece impiegare la categoria di *proditio* e facendo ricorso a tutte le fattispecie giuridiche e ai principi aggravanti che normalmente componevano le accuse di lesa maestà ».

(93) Così TANZINI, *Statuti e legislazione statutaria a Firenze dal 1355 al 1415*, cit., pp. 191-192, che ricostruisce il lessico di alcune rubriche della *Collatio IX* degli Statuti

pare che nemmeno nella nostra Firenze mancassero dei giuristi i quali, sviluppando nei loro *consilia* le teorie bartoliane sulla liceità dell'assoggettamento di *civitates* e *castra* a poteri più forti, e sul fondamento della *iurisdictio* della *civitas superiorem non recognoscens*, riconoscevano a Firenze gli *iura imperii* e la suprema *iurisdictio*, anche in virtù del vicariato che i Priori fiorentini si videro confermare in ben tre occasioni dagli imperatori nel 1355, nel 1369 e nel 1401 ⁽⁹⁴⁾. Forse, davvero, un atteggiamento cauto e prudente da parte dei giuristi, di reverenza verso autorità quali l'impero e il papato sia pure ormai, a pochi decenni dall'Evo moderno, in via di dissoluzione, stava all'origine di questo ostracismo normativo sulla *maiestas civitatis Florentiae* e, di riflesso, sulla qualificazione degli atti di ribellione all'*ordo civitatis* in termini di *crimen laesae maiestatis* ⁽⁹⁵⁾.

Di certo, i giuristi arriveranno a sviluppare completamente la nozione di *maiestas* solo nel momento di massima maturità dell'esperienza criminalistica di diritto comune, cioè fra Cinque e Seicento, quando il paradigma dell'infrazione politica sarà ormai penetrato a fondo negli ordinamenti penali degli Stati moderni ⁽⁹⁶⁾. Ciò nonostante, la dottrina pre-moderna si dimostrò molto precoce nel porsi la questione se esistesse o meno una pluralità di titolari della

del 1409 ospitanti la legislazione antimagnatizia, rubriche poi in larghissima parte trasfuse nella redazione del Castrense. Ne consegue l'uso pressoché nullo del lessema *crimen laesae maiestatis* non soltanto negli Statuti, ma anche nelle pratiche giudiziarie dei governi cittadini. Questa cautela era, appunto, legata al fatto che le cancellerie cittadine, tra cui quella fiorentina, esitavano ad attribuire alle istituzioni comunali quella prerogativa normalmente riconosciuta solo alle potestà universali.

⁽⁹⁴⁾ Cfr. M. ASCHERI, *I giuristi e Firenze, "mater omnis eloquentiae": qualche spunto dal Tre al Quattrocento*, in Id., *Diritto medievale e moderno. Problemi del processo, della cultura e delle fonti giuridiche*, Rimini, Maggioli Editore, 1991, pp. 139-145, in particolare le pp. 140-141. Lo stesso principale compilatore degli Statuti del 1415, Paolo di Castro, può considerarsi esponente di questo indirizzo di pensiero; sempre secondo Ascheri, infatti, « Paolo di Castro ricorda che [Firenze] si è comprata la libertà dall'Impero ed è parificabile al 'Regnum Franciae': entrambi 'de facto non recognoscunt Imperium' ».

⁽⁹⁵⁾ Diverse e, per certi aspetti, più originali le ragioni dell'analogo silenzio delle fonti giuridiche rilevato per la Repubblica di Venezia da MAGNANI, *La risposta di Venezia alla rivolta di San Tito a Creta*, cit., §§ 50 e 51.

⁽⁹⁶⁾ Cfr. SBRICCOLI, *Crimen Laesae Maiestatis*, cit., p. 202.

maiestas, e nel risolverla positivamente. Se è quasi scontato per questi giuristi discutere di *maiestas* in capo all'imperatore e al papa, di *maiestas* si parla anche a proposito del *populus*, sebbene poi anche questo soggetto venga fatto rientrare nell'orbita dell'impero (97).

La ricerca dei soggetti maiestatici si trasforma, tuttavia, per i *doctores* in un vero e proprio rompicapo nel momento in cui si tratta di coloro che « si collocano in un grado della scala del potere teoricamente subordinato a quello occupato dall'imperatore o dal papa » (98). Se di più facile soluzione è il problema dell'attribuzione della *maiestas* ad esponenti del mondo feudale ovvero ai *reges*, decisamente più tortuoso si annuncia il discorso teorico per quel che riguarda le *civitates*. Discorso teorico che, data la sua complessità ma anche la ricchezza di studi che ha stimolato, non abbiamo modo qui di toccare (99). Accenneremo soltanto all'opinione di Baldo e non tanto per l'autorevolezza dottorale dello stesso, ma molto più banalmente perché scaturita proprio da una vicenda fiorentina: un episodio di cospirazione del dicembre 1379, quando a Firenze governava ancora il regime delle Arti minori nato dal fallimento della rivoluzione dei Ciompi.

Il giurista perugino comincia la sua argomentazione osservando che « licet eleganter pro et contra sint inducte leges proprie ad propositum facientes et determinantes tamen pro uberiori doctrina recensenda sunt tria, primo quis est titulus huius criminis, secundo, qua lege punitur, tertio qua pena » (100). Rispondendo alla

(97) Ivi, p. 206: « il popolo, si dice, è quello romano ed il potere che lo concerneva è ormai passato agli imperatori, onde si può parlare della *maiestas populi romani* ricordata da Ulpiano, solo in termini storici o teorici ».

(98) Ivi, p. 207.

(99) Ci limitiamo soltanto a fornire qualche minima coordinata bibliografica: SBRICCOLI, *Crimen Laesae Maiestatis*, cit., pp. 207-210; F. CENGARLE, *Les maestà all'ombra del Biscione. Dalle città lombarde ad una "monarchia" europea (1335-1447)*, Roma, Edizioni di Storia e Letteratura, 2014, p. 45.

(100) BALDUS DE UBALDIS, *Consiliorum sive responsorum (volumina)*, Venetiis, 1580, I, cons. 59, nn. 1-2; (trad.): « Al di là delle norme pro e contro invocate nel caso di specie, tre punti necessitano di essere messi a fuoco prima di pervenire ad una più fruttuosa esposizione: primo, di quale crimine si sta discutendo; secondo, da quale legge è punito; terzo, qual è la pena ». Fra l'altro, lo stesso *consilium* si trova in una versione manoscritta conservata presso la Biblioteca Vaticana (Vat. lat. 8069, cc. 364v-367v), dall'indicativa intitolazione « *Utrum no revelare secreta seditionis sit crimen laesae*

prima delle tre questioni sollevate, Baldo afferma che la *maiestas* è quadripartita perché il diritto parla di maestà a proposito di Dio, dell'Imperatore, del Popolo romano e del re. Viceversa, le città non sono contemplate in questa quadripartizione, giacché esse rientrano meramente nella sfera dei soggetti privati; e non sono contemplate nemmeno le parti (come le parti Guelfa e Ghibellina) perché esse sono semplicemente delle fazioni; in più molte città sono *municipia* — autonome ma sempre soggette ad un superiore — e perciò non possiedono *maiestas*. Sulla base del semplice nome, quindi, esse non possono formare oggetto del crimine di lesa maestà. Tuttavia, contro di loro, può essere commesso il crimine di sedizione.

Al di là del suo indiscusso interesse, il parere di Baldo non può comunque essere assunto a valido parametro teorico-dottrinale per comprendere se, tra fine Trecento e primo Quattrocento, le *civitates* dell'Italia centro-settentrionale, come Firenze, potessero o meno fregiarsi dell'attributo maiestatico per il semplice motivo che si tratta di un parere *pro parte*: Baldo sta difendendo un cittadino fiorentino che rischia, oltre alla condanna a morte, la confisca dei beni, in quanto « *rebellis contra rempublicam suae civitatis* »⁽¹⁰¹⁾.

Vero è che la situazione non muta se scendiamo a considerare, sempre da una angolatura statutaria, il progrediente ordine penale pubblico nella sua proiezione territoriale. Ad esempio, è interessante notare che al *crimen prodicionis* è intitolata la rubrica 16, I, dello Statuto di Uzzano del 1389, *De pena prodicionis* e, similmente, la rubrica 2, III, dello Statuto di Massa e Cozzile del 1420 qualifica gli

maiestatis». Il parere è consultabile in versione microfilmata al sito web <http://www.beic.it/it/articoli/manoscritti-giuridici-medievali>. Un'ottima ricostruzione del parere di Baldo e della vicenda ad esso sottesa si trova in R. FREDONA, *Baldus de Ubaldis on Conspiracy and Laesa Maiestas*, in *The Politics of Law in Late Medieval and Renaissance Italy: Essays in Honour of Lauro Martines*, edited by L. D. Armstrong and J. Kirshner, Toronto Buffalo London, University of Toronto Press, 2011, pp. 141-160.

⁽¹⁰¹⁾ Del resto, già Sbriccoli, che pure cita nel suo studio il *consilium* di Baldo, coglieva questo aspetto: « la sede del *consilium* spiega questo atteggiamento non coerente per un giurista legato agli interessi delle *civitates* come effettivamente fu il perugino. D'altronde, diverso è il parere di Baldo quando, a proposito della falsificazione delle monete afferma: 'Unde cum falsum hoc specialiter committatur contra Caesarem, et in derogationem suae maiestatis, idem dicerem in civitate: quod esset crimen laesae maiestatis si quis subditus istius civitatis falsaret istam monetam' », in ID., *Crimen Laesae Maiestatis*, cit., p. 211, nota n. 10.

atti o comportamenti diretti a provocare una « permutatio pacifici status magnifici et excelsi Communis Florentie sive Communis Masse et Cozzilis vel alicuius dictorum castrorum », come *proditio* e non come *crimen laesae maiestatis* ⁽¹⁰²⁾.

Là dove tace la legislazione statutaria, è tuttavia altamente probabile che qualcosa emerga dalle centinaia e centinaia di *consilia* resi da giuristi molto più legati all'esperienza fiorentina di quanto non fu Baldo ⁽¹⁰³⁾, dietro commissione dei pubblici uffici della *civitas-respublica* (Otto di Guardia inclusi) su questioni criminali; una massa archivistica che ancora attende di essere estrapolata e completamente studiata ⁽¹⁰⁴⁾.

È tuttavia fuor di dubbio che l'apparente silenzio delle nostre rubriche statutarie può essere superato prendendo in considerazione — come abbiamo fatto nei due precedenti paragrafi — le modalità procedurali adottate dalle autorità nell'accertamento e nella repressione dei crimini politici così come l'utilizzo non casuale e preciso di determinati termini tecnici.

⁽¹⁰²⁾ *Lo statuto di Massa e Cozzile del 1420. Le norme giuridiche medievali in uso in un Comune rurale della Valdinievole*, edizione e commento a cura di A. Lo Conte e E. Vannucchi, Firenze, Edizioni Polistampa, 2006, rubrica 2, III, *De pena homicidii et quorundam aliorum delictorum*, pp. 55-56.

⁽¹⁰³⁾ Il giurista perugino aveva insegnato presso lo *Studium* fiorentino negli anni dal 1358 al 1364. Più tardi, al tempo dei primi due anni del regime delle Arti minori (1378-1382), aveva fatto ritorno a Firenze, dove scrisse alcuni *consilia* su importanti questioni politiche. Sulla biografia di Baldo, cfr. F. BAMBI, *Baldo degli Ubaldi*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, Treccani, 2012, pp. 55-58.

⁽¹⁰⁴⁾ Il primo ad aver intuito la ricchezza di informazioni che la letteratura consiliare fiorentina è in grado di offrire fu, sul finire degli anni Sessanta del Novecento, L. Martines che su quella costruì interamente la sua monografia *Lawyers and Statecraft in Renaissance Florence*, Princeton, Princeton University Press, 1968. Lo storico americano, dette relativa importanza ai *consilia* in materia penale, concentrandosi su quelli in materia fiscale e di riparto di giurisdizione fra magistrature centrali e periferiche nel governo del Dominio, spiegando così le ragioni della sua scelta (p. 416): « The authority of Florence, more than the rights of its fisc, is what was put to the test here. Generally speaking, when holding out for a prerogative (a claim in the realm of public law), Florence tended to be toughest about those matters which concerned public finance and crime against the state. But as proceedings of the latter type were nearly always summary, legal consilia which touch on public law most often involve fiscal dispute and questions of judicial or administrative competence ».

E non è nemmeno del tutto azzardato ipotizzare, per Firenze, l'esistenza legislativa dell'attributo maiestatico, con tutto l'annesso armamentario repressivo, atteso che testi statutari compilati in altre realtà dell'Italia centro-settentrionale — le città lombarde, su tutte —, addirittura in epoca anteriore a quelli fiorentini, ricorrono senza tante inibizioni al lessema del *crimen laesae maiestatis* per definire fenomeni di sovvertimento dell'ordine costituito ⁽¹⁰⁵⁾.

Certamente non avrebbe senso accostare due vicende quali quella fiorentina e quella lombarda così diverse fra loro, se non con l'intento di recuperare da quelle difformità, oltre che da eventuali assonanze, un modello trasversale di Stato territoriale formatosi nell'Italia della prima Età moderna ⁽¹⁰⁶⁾. Eppure, leggendo in parallelo le rubriche dei nostri Statuti con quelle dei testi lombardi, in particolare con il brano degli Statuti di Como del 1335, emerge con nettezza una convergenza sul concetto di *ordo*, e sul dovere che i vari attori pubblici componenti la *civitas*, su tutti la *praesens pars*, di perseguire col massimo rigore repressivo, e comprimendo gli spazi negoziali, i nemici dell'ordine costituito.

Sentiamo anche noi di accostare la *praesens pars* alla *pars*

⁽¹⁰⁵⁾ Sono gli Statuti di Piacenza (1321) e di Como (1335), studiati entrambi da CENGARLE, *Lesà maestà all'ombra del Biscione*, cit., pp. 43-51. In particolare, la rubrica 92, VI, degli Statuti piacentini, *De pena subvertencium pacificum statum civitatis Placentiae*, qualifica esplicitamente il reato politico nei confronti della *civitas* come *crimen maiestatis*. In un brano degli Statuti di Como si definisce, invece, *crimen laesae maiestatis* il reato politico commesso nei confronti della *politeia* comasca intesa nella sua complessità, articolata nei suoi diversi componenti, che sono il signore (nello specifico, Azzone Visconti), i suoi ufficiali, la *praesens pars* e, infine, la città tutta. La *politeia* va intesa alla maniera di Aristotele il quale, nella *Politica*, afferma che la costituzione (*politeia*) è l'ordine della città, di tutte le cariche e soprattutto dell'autorità sovrana, che ovunque è costituita dal governo della città, governo che è la stessa costituzione.

⁽¹⁰⁶⁾ Operazione tentata alcuni anni addietro mettendo a confronto l'esperienza fiorentina dapprima con quella veneziana e poi con quella milanese: *Florence and Venice: comparisons and relations. Acts of two conferences at Villa I Tatti in 1976-77*, organized by S. Bertelli, N. Rubinstein and C. H. Smyth, Firenze, La Nuova Italia, 1979; *Florence and Milan: comparisons and relations. Acts of two conferences at Villa I Tatti in 1982-1984*, organized by S. Bertelli, N. Rubinstein and C. H. Smyth, Firenze, La Nuova Italia, 1989.

principans di cui parla Marsilio da Padova nel suo *Defensor Pacis* (107):

formando scilicet primum seu instituendo in civitate partem unam, quam principantem seu iudicalem diximus 5° huius,

appunto, quella parte che può dirsi parte di governo o parte giudiziaria.

La *praesens pars*, dunque, è la parte che governa, che si erge a legittimo interprete e custode dell'*ordo civitatis*, ma che, soprattutto, governa giustiziando. Riaffiora alla memoria il celebre motto tomitico, ripreso da Alberico da Rosciate, per cui « *Iustitia est anima civitatis* » (108), cioè a dire, la qualità dell'attività di governo della *civitas* si misura in rapporto all'amministrazione della giustizia e, con riferimento al penale, man mano che il processo, lento ma inesorabile, di pubblicizzazione o egemonizzazione avanzava, in rapporto alla capacità di punire i crimini, reprimendo, in ossequio all'adagio « *interest rei publicae ne maleficia remaneant impunita* ». Ed è ancor più significativo, perché spia delle profonde interazioni fra il processo di egemonizzazione del penale e il più generale fenomeno della proiezione territoriale della *civitas-respublica* fiorentina, rintracciare proprio quell'adagio nella proposizione che apre la rubrica 28, libro terzo, degli Statuti di Scarperia del 1423 dal titolo *Ch'è malifici si debbino punire*:

Se' malifici commessi rimanessino impuniti, molti inconvenienti pegiori potrebbono [seguono alcune lettere cancellate] (109)

Si può ritornare, così, al punto di avvio di tutto il nostro discorso, il proemio alla compilazione statutaria del 1415. Allo sforzo, da parte delle istituzioni della *civitas-respublica* fiorentina, di preservare l'ordine politico e sociale, tanto all'interno delle mura urbane, quanto all'esterno di quelle, in una proiezione ormai deci-

(107) Questa l'intelligente e ben argomentata ricostruzione che Cengarle fa del brano degli Statuti comaschi del 1335, citando un passaggio dell'opera marsiliana (I, 8, f. 1, vol. I), a p. 49 del suo studio.

(108) ALBERICUS DE ROSATE, *Commentari in primam Degesti veteris partem*, Venetiis, 1585, *De iustitia et iure*, 1.

(109) *Gli Statuti di Scarperia del XV secolo*, a cura di V. Arrighi, cit., p. 82.

samente e consapevolmente territoriale. Di fondare siffatta attività di preservazione sulla disciplina della giustizia e del diritto, connubio perfetto nel tenere a freno e, all'occorrenza, soffocare, quindi, reprimere, la naturale indole malvagia dell'essere umano. Unicamente per perseguire questo obiettivo ultimo della conservazione dell'esistente e delle sottili e spesso arbitrarie logiche del potere, di ogni potere, anche la *civitas* e, quindi, materialmente, le magistrature che la rappresentavano nello spazio politico e giudiziario, avvertirono il bisogno di dotarla del massimo strumento di repressione offerto da un allora appena abbozzato sistema teorico-dottrinale del *crimen laesae maiestatis* ⁽¹¹⁰⁾.

Nel lento, frastagliato ma progressivo definirsi della *maiestas* e degli strumenti attrezzati a punirne gli offensori, si può dunque ravvisare un precipitato dell'apporto sostanzioso che, storicamente, il penale dette al definirsi dello Stato territoriale fiorentino. Nei primi anni del Quattrocento, con una realtà e una coscienza territoriali in costruzione, la *civitas* dominante sfrutta le potenzialità offerte dal linguaggio del dominio e della maestà ⁽¹¹¹⁾, non tanto per rivendicare alcunché nei confronti di una sbiadita autorità imperiale, quanto piuttosto per affermare una sua centralità rispetto ad un tessuto mosaicale di realtà soggette, dando il via ad una tendenza destinata a svilupparsi grandemente tra fine XV e pieno XVI secolo,

⁽¹¹⁰⁾ Come coglie Sbriccoli nel suo *Crimen Laesae Maiestatis*, cit., p. 213, inoltrandosi nella modernità i giuristi abbandoneranno ogni pregressa inibizione non solo nel riconoscere anche alle *civitates* l'attributo della *maiestas*, ma persino nell'allargarne i confini; così Nicolas Bohier (1469-1539), Girolamo Giganti (...-1566) e Heinrich Boer (1561-1630), autori tutti studiati dallo stesso Sbriccoli. Pure il giurista bizantino Tommaso Diplovatazio (1468-1541), in un trattato concepito per elogiare la Repubblica di Venezia, il *Tractatus de Venetae Urbis libertate et eiusdem Imperii dignitate et privilegiis* (1523-1528), afferma tranquillamente che Venezia deteneva, tra l'altro, il potere di perseguire per lesa maestà chi attentasse contro il suo governo e contro quello delle città del Dominio. Cfr. sul punto A. MAZZACANE, *Lo Stato e il Dominio nei giuristi veneti durante il "secolo della Terraferma"*, in *Storia della cultura veneta. Dal primo Quattrocento al Concilio di Trento*, I, Vicenza, Neri Pozza Editore, pp. 577-650, in part., p. 648.

⁽¹¹¹⁾ Linguaggio che ritroviamo anche nei prologhi delle provvisioni promulgate dai Consigli su proposta della Signoria fra gli anni Novanta del Trecento e gli anni Venti del Quattrocento, come ha ben messo in luce Tanzini ne *Il governo delle leggi*, cit., pp. 62-66.

accompagnando e fecondando la crescita della compagine territoriale di potere. Si spiegano così anche la tendenza a far valere in tutto il Dominio gli Statuti di Firenze, nelle materie afferenti alla difesa militare e alla sicurezza della *civitas-respublica*, l'avocazione ai tribunali fiorentini delle cause vertenti su crimini politici, e lo stesso capillare controllo sulle rubriche penali degli Statuti delle comunità soggette.

La Dominante costruisce il proprio ordine territoriale anche grazie alla leva del penale egemonico, sboccando una pietra d'angolo costruita sulla *maiestas* e sul connesso *crimen maiestatis*. Possiamo, quindi, ipotizzare un percorso parallelo fra progredire dello Stato territoriale e progredire del sistema dei delitti di lesa maestà. In altre parole, al momento dei nostri Statuti, primo decennio del Quattrocento, l'eversione (che è alla base del reato politico) è definita in rapporto ad un soggetto politico collettivo (la *civitas-respublica*) e alla sua forma di governo, prima che alla persona del *dominus* o dei *domini* (pensiamo ai *domini Priores* della Repubblica fiorentina), anche se, in quanto governante o governanti, il signore o i signori sono legittimati a reprimere nel modo più severo ogni forma di dissenso nei propri confronti. Il passaggio dall'ente collettivo *civitas-respublica* alla persona del *dominus* o *princeps* è un passaggio più tardo che, nel caso di Firenze, comincia a realizzarsi già, sia pure velatamente, con la figura carismatica di Lorenzo il Magnifico ⁽¹¹²⁾ e poi, in maniera eclatante, al tempo di Cosimo I de' Medici ⁽¹¹³⁾,

⁽¹¹²⁾ Come ci proponiamo di verificare nello sviluppo della nostra ricerca, la vicenda della celebre congiura dei Pazzi (1478) porterà alcuni giuristi del tempo a ragionare se il tentativo di rovesciare Lorenzo de' Medici configurasse o meno un crimine di lesa maestà. Fra l'altro è interessante osservare, perché sintomatico della cultura del tempo, che di *crimen laesae maiestatis* si parli in un poemetto epico, il *Volaterrais*, che l'umanista Naldo Naldi compose a due anni di distanza dalla ribellione di Volterra (1472) per celebrare il primo, significativo risultato conseguito da Lorenzo nel controllo del territorio. Andando ancora più in là con gli anni, si può apprezzare con maggiore evidenza quanto la Dominante insistesse nel costruire la propria centralità nei confronti delle comunità soggette attraverso il binomio *maiestas/crimen laesae maiestatis*. Così, negli Statuti di Arezzo, come corretti e riformati da Firenze nel 1503, è prevista la condanna a morte unita alla confisca dei beni per chi agisse « contra populum vel contra statum et contra maiestatem civitatis Florentiae ».

⁽¹¹³⁾ Sarà, infatti, proprio Cosimo I ad incaricare il suo auditore fiscale Jacopo Polverini, nel 1548, di predisporre una legge — conosciuta come *lex Polverina* —

secondo un crescendo destinato ad interrompersi solo con i primi segni dell'Illuminismo penale ben evidenti nell'esperienza leopoldina ⁽¹¹⁴⁾.

In conclusione, seguendo il filo del paradigma dell'infrazione politica, si trova conferma che le maggiori formazioni politico-istituzionali dell'Italia nell'autunno del Medioevo, in competizione fra loro nella disgregazione dell'universale *respublica christianorum*, compirono il primo passo verso la definizione di un ordine penale egemonico orientato più nell'ottica della repressione piuttosto che della negoziazione ⁽¹¹⁵⁾, basato sulla sudditanza, amministrato da apparati sempre più articolati e diffusi, tendenzialmente formaliz-

durissima, finalizzata a reprimere la violenza pubblica, vietare l'uso delle armi private, ma soprattutto, tutelare la persona del sovrano. Il provvedimento, intitolato *Legge dell'illustriss. et eccellentiss. S. il S. duca di Fiorenza. Fatta il dì XI di marzo 1548* [1549 secondo lo stile comune] *contro a quelli che machinassero avverso la persona, o stato di S. E. o de sua illustrissima figliuoli o discendenti*, è consultabile in *Legislazione toscana raccolta e illustrata dal dottore Lorenzo Cantini socio di varie accademie*, Firenze, nella Stamperia Albizziniana da S. Maria in Campo per Giuseppe Fantosini, 32 voll., 1800-1808, vol. II, pp. 54-62.

⁽¹¹⁴⁾ Su questo specifico aspetto della Riforma della Legislazione Criminale di Pietro Leopoldo (1786), che espunge dall'ordinamento giudiziario criminale toscano proprio la categoria dei delitti di lesa maestà, vedi L. ARNAUDO, *Leopoldina e lesa maestà: i brevi lumi di una grande riforma*, in « Nuova Rivista Storica », LXXXIII (1999), pp. 345-358.

⁽¹¹⁵⁾ La cultura della composizione, del cd. extra giudiziale, sopravanzata dalla cultura egemonica per quel che riguarda l'avvio e la conduzione del processo penale, continua comunque ad esercitare un suo peso a condanna intervenuta, fluendo nei canali vari della cancellazione delle condanne, della oblazione — tipica, per Firenze, l'offerta di prigionieri trattenuti nelle carceri pubbliche delle Stinche per la festività di San Giovanni —, della grazia. È come se l'egemonico instaurasse una sorta di dialogo competitivo con il negoziale. Sarebbe falsante negare l'apporto dato anche dalla cultura della composizione alla costruzione e alla conservazione del Dominio territoriale fiorentino. A rimuovere, pure dal cantuccio dell'esecuzione penale, il momento negoziale interverrà la grande stagione delle codificazioni. Per Firenze e la Toscana, la Riforma della Legislazione Criminale di Pietro Leopoldo (1786), demolendo gli elementi costitutivi dell'ordine penale di cui stiamo studiando la genesi quattrocentesca — commistione tra affari di polizia e amministrazione della giustizia, tra fatto penalmente rilevante e trasgressione amministrativa, Otto di Guardia, tortura, lesa maestà, etc. — nell'ultimo articolo, il 119, prescriveva che: « la pena voluta dalla legge, e decretata dai giudici, sarà irremissibilmente eseguita. Revochiamo perciò ogni facoltà [...] di accordare diminuzione, permuta, composizione, o condonazione di pene tanto pecuniarie, che afflittive ».

zato ma, molto spesso, rispondente a canoni più flessibili, quasi ai confini della sommarietà, regolato da norme legislative — tra cui, quelle statutarie — e dottrinali.

E proprio su quest'ultimo profilo, il fatto di aver individuato, all'interno degli Statuti fiorentini del primo Quattrocento, un insieme di previsioni normative criminali a potenziale egemonico costituisce una prova che, a orientare questo tipo di giustizia, intervenisse anche la legislazione statutaria, necessariamente armonizzata dai giuristi attraverso l'attività consiliare e, soprattutto, attraverso quel nuovo genere letterario del commento agli Statuti, che univa insieme dettato delle rubriche statutarie, diritto comune e casi giudiziari concreti risolti con l'ausilio di *consilia* ⁽¹¹⁶⁾.

Quella di egemonizzare il penale anche per via statutaria, fu, tuttavia, solo una tappa intermedia. Ad attestarlo è ancora una volta l'opera dottrinale, tramite necessario — adesso più che mai nel contesto dei processi di verticalizzazione dei poteri — fra norme delle autorità politiche e *ius*. Procedendo verso gli assetti cinquecenteschi con Cosimo I — periodo storico teso fra istanze centralistiche e persistenze pluralistiche, soprattutto locali — si può osservare come l'attenzione dei giuristi fosse pressoché esclusivamente rivolta a commentare il libro secondo degli Statuti fiorentini sulle cause civili, trascurando quasi del tutto le rubriche criminali del libro terzo e del *Tractatus*. I giuristi, infatti, faticavano a trovare in quelle rubriche il penale applicato nella pratica giudiziaria del loro tempo. Il penale di fine Quattrocento — inizi Cinquecento non era più quello delineato nel libro terzo degli Statuti del 1415 o, almeno, non era più soltanto quello. Il penale modellato dal paradigma dell'infrazione politica, racchiuso e disciplinato nelle rubriche sui crimini politici, si era grosso modo conservato e, negli anni di trapasso dal regime albizzesco al regime mediceo, era andato legandosi ad altri canali di normazione — come le provvisori —, e soprattutto alla giurisdizione degli Otto di Guardia, formalmente estesa a tutto il settore criminale dalla *lex Gismondina* del 1478,

⁽¹¹⁶⁾ Sulla fioritura del commento agli Statuti fiorentini nel Quattrocento, vedi D. EDIGATI, L. TANZINI, *Ad Statutum Florentinum. Egesesi statutaria e cultura giuridica nella Toscana medievale e moderna*, Pisa, Edizioni ETS, 2009. In particolare, le pp. 9-58 e 59-60.

contribuendo così alla trasformazione della procedura penale in senso autoritario ed extra ordinario.

Detto in altre parole, tra XVI e XVIII secolo, a Firenze, l'attenzione per il libro terzo degli Statuti sulle cause criminali sarebbe di gran lunga scemata, sia per il superamento delle disposizioni procedurali, con l'instaurazione di un processo sommario in capo agli Otto di Guardia, sia per la proliferazione di leggi granducali generali — quindi, valevoli per tutto il territorio ⁽¹¹⁷⁾ — sul penale alto ⁽¹¹⁸⁾, sia, infine, per l'accrescersi dei poteri arbitrari *in puniendo* (quindi, svincolati dal catalogo di pene previsto a livello di normativa statutaria), con l'effetto che conserveranno una qualche vitalità le sole norme del 1415 vertenti sui reati minori.

Semmai, dove la legislazione statutaria, annoverabile fra le più spettacolari e significative manifestazioni della cultura e della vita sociale del mondo tardo medievale ⁽¹¹⁹⁾, continua ad influenzare i prodromi dell'Evo moderno è nell'implementazione degli Statuti delle comunità incorporate a vario titolo nel Dominio e, al tempo stesso, nel rigoroso controllo esercitato su di essi — rubriche penali incluse — dal centro ⁽¹²⁰⁾. La strategia seguita da Cosimo I sarà, soprattutto, quella di provare a coniugare insieme la conservazione

⁽¹¹⁷⁾ Oltre alla *Polverina*, si veda, ad esempio, il *Bando Sopra la Bestemmia e la Sodomia del dì 8. luglio 1542. ab Inc.*, in *Legislazione Toscana*, cit., vol. I, pp. 210-214. La valenza generale si evince dal passaggio a p. 211: «Dichiarando che la presente Constitutione, et ordine si debba inviolabilmente osservare, et habbia luogo in detta Città, et Dominio, et in qualunque parte d'esso, et nella Città et Contado, et Montagna di Pistoia, e nelle altre Città, Terre, et Luoghi, de quali fussi necessario per comprenderli, farsi speciale et expressa mentione: Cassando, et annullando ogni altra Legge, ordine, statuto, consuetudine, o obstaculo, o repugnantia di qualunque sorte et luogo in fin'a qui fatte quantunque derogatorie et precise in contrario o altrimenti disponessino in tutto et per tutto ».

⁽¹¹⁸⁾ Cfr. FASANO GUARINI, *Gli statuti delle città soggette a Firenze tra '400 e '500*, cit., p. 119: « [Cosimo I] legiferò ampiamente, specie nel campo dell'alta penalità, tendendo consapevolmente all'unificazione giuridica del dominio. Si trattasse di 'crimen lesae Majestatis', assassinio o violenza carnale o ancora di delitti contro la morale come la sodomia, la bestemmia o il giuoco d'azzardo, le leggi cosimiane avevano validità affatto generale ».

⁽¹¹⁹⁾ L'espressione è di TANZINI, *Il governo delle leggi*, cit., p. 7.

⁽¹²⁰⁾ Così, autorevolmente, FASANO GUARINI, *Gli statuti delle città soggette a Firenze tra '400 e '500*, cit., in particolare pp. 122-124.

dei testi statutari locali presso il centrale Archivio delle Riformazioni con l'emanazione di grandi e dure leggi penali, e questo nell'ottica di ancorare la buona amministrazione della giustizia, funzionale al governo del territorio, ad una base testuale certa, così da sorvegliare l'*arbitrium* dei giudicanti e togliere ai delinquenti la « speranza che tengono, la quale in sino a hoggi non è venuta loro in alcun modo frustrata, di doverne conseguire qualche remissione de' Rettori, che gl'hanno avuti, e hanno a giudicare, e se ne doveranno per ogni modo guardare di non havere a essere severissimamente gastigati »⁽¹²¹⁾.

⁽¹²¹⁾ Legge *Sopra l'osservanza e approvazione delli Statuti delle Comunità di fuori è del tenere i Rettori, e Birri, e Famigli ne' loro Palazzi, e che detti Famigli non si possano partire del dì 27 luglio 1546. ab Inc.*, in *Legislazione toscana*, cit., vol. I, p. 313.

FRANCESCO BONO

LA BRITISH CONSTITUTION NEL PENSIERO
DI EDWARD GIBBON. IL DIALOGO
A DISTANZA CON WILLIAM BLACKSTONE

1. Gibbon lettore di Blackstone. — 2. La costituzione inglese nei *Commentaries* di Blackstone. — 3. La costituzione inglese nella costituzione romana della *History*. — 4. L'ereditarietà della corona. — 5. Militia *versus* standing army. — 6. Un inaspettato allievo per Blackstone.

« Sadly, Gibbon on the British constitution is one of the great unwritten works » ⁽¹⁾: così David Womersley chiosa la lettera indirizzata, nel febbraio del 1791, a Lord Sheffield dallo storico settecentesco. Gibbon, scrivendo al fidato amico di sempre, suo futuro esecutore testamentario, aveva espresso il progetto di preparare una bozza di dichiarazione per sostenere, di fronte a tutta l'opinione pubblica europea, il sistema costituzionale inglese, in risposta agli eventi rivoluzionari francesi ⁽²⁾.

Il manifesto politico, se così può essere definito, non uscì mai dal calamo; tuttavia, le opere di Gibbon restituiscono la riflessione dello storico su come l'Inghilterra era governata nel diciottesimo secolo, quasi a colmare questa lacuna. In particolare, la lettura del primo libro dei *Commentaries* di William Blackstone, ove il giurista

⁽¹⁾ D. WOMERSLEY, *Gibbon's unfinished history: the French Revolution and English political vocabularies*, in « The Historical Journal », 35 (1992), p. 80. Il saggio è stato poi ampliato e rivisto in: ID., *Gibbon and the "Watchmen of the Holy City". The Historian and his Reputation. 1776-1815*, Oxford, 2002, pp. 175-206, spec. p. 196. Per un inquadramento di quest'ultimo lavoro, vd. G.W. BOWERSOCK, *Guardiani*, ora in ID., *Saggi sulla tradizione classica. Dal Settecento al Novecento*, Torino, 2007, pp. 71-80.

⁽²⁾ Gibbon a Lord Sheffield, 5.2.1791, in: *The letters of Edward Gibbon*, edited by J.E. Norton, III, London, 1956, p. 216.

aveva delineato la *British constitution*, aveva portato lo storico, alla soglia dei trent'anni, a stendere un lungo ed articolato *abstract*.

Il libro di Blackstone ha avuto molta influenza su Gibbon, molto più di quanto la storiografia moderna, intenta piuttosto a segnalare la dipendenza dall'illuminismo europeo, sia disposta a riconoscere (3). In questo lavoro cercherò di mostrare quanto i *Commentaries* costituiscano un filo rosso nel pensiero di Gibbon e nella stessa *History of decline and fall of the Roman empire*. Volendo ricorrere ad un'immagine, il percorso qui intrapreso può essere paragonato ad un gioco di specchi, ove l'osservatore odierno riceve, attraverso Blackstone, l'immagine riflessa di Gibbon "costituzionalista", ricca di particolari e di dettagli, quasi identica alla realtà.

Certamente, entrambi gli autori sono accomunati da una concezione politica di costituzione, nella quale si fondono la riflessione sulle forme di governo e l'analisi del rapporto tra il potere del sovrano e il popolo (4). Riprendendo la definizione di Bolingbroke (5), « by constitution we mean...that assemblage of laws,

(3) Esistono lavori che hanno incidentalmente affrontato alcuni aspetti trattati nel presente studio, ma che per il loro taglio politico-filosofico non si sono dedicati ad una più sistematica indagine in termini giuridici di questo aspetto della storiografia di Gibbon: M. BARIDON, *Edward Gibbon et le mythe de Rome. Histoire et idéologie au siècle des lumières*, Paris, 1977, pp. 596-626; H.T. DICKINSON, *The politics of Edward Gibbon*, in « Literature and History », 8 (1978), pp. 175-196; W. HOLDSWORTH, *Gibbon, Blackstone, and Bentham*, in « LQR », 52 (1936), pp. 46-59, ora in ID., *A history of English Law*, 12, London, 1966, pp. 750-754. Un accenno alla visione politica di Gibbon si trova anche in: A. MOMIGLIANO, *Il contributo di Gibbon al metodo storico*, ora in ID., *Sui fondamenti della storia antica*, Torino, 1984, pp. 303-304.

(4) La prospettiva di Blackstone e di Gibbon concorda con il cambio di significato che *constitution* subisce nel Settecento; il termine assume il valore di atto della volontà e della sovranità di un popolo, abbandonando quello medievale di ordine di un corpo politico territoriale: M. FIORAVANTI, *Costituzione e Stato di diritto*, in « Filosofia politica », 2 (1991), pp. 324-350; ID., *Costituzione e costituzionalismo*, in *Iuris quidditas. Liber amicorum per Bernardo Santalucia*, Napoli, 2010, pp. 55-64; O. BEAUD, *Constitution et constitutionnalisme*, in *Dictionnaire de philosophie politique*, P. Raynaud, S. Rials (dir.), Paris, 1996, pp. 117-126; G. STOURZH, *Constitution: changing meanings of the term from the early 17th to the late 18th century*, ora in ID., *From Vienna to Chicago and Back. Essays on Intellectual History and Political Thought in Europe and in America*, Chicago, 2007, pp. 80-99.

(5) H.ST.J. BOLINGBROKE, *A dissertation upon parties*, in ID., *The works of Lord Bolingbroke*, 2, Philadelphia, 1841, p. 88.

institutions and customs, derived from certain fixed principles of reason, directed to certain fixed objects of public good, that compose the general system, according to which the community hath agreed to be governed ». Blackstone e Gibbon guardano a come il potere del re venga limitato per garantire le libertà dell'individuo nel continuo stratificarsi del *common law*.

1. *Gibbon lettore di Blackstone.*

L'abstract del primo libro dei *Commentaries on the laws of England* di Blackstone ⁽⁶⁾, composto da Gibbon nel 1765 ⁽⁷⁾, si annovera tra i lavori che precedettero la *History* ⁽⁸⁾. Le vicende editoriali del manoscritto e la scelta del suo primo editore, Lord Sheffield, spiegano il motivo per cui l'opera non abbia ricevuto adeguato rilievo tra gli studiosi per molto tempo. Infatti, il curatore dei *Miscellaneous works* ritenne che esso fosse soltanto un compendio dei *Commentaries* e decise di pubblicarlo in versione assai

⁽⁶⁾ Sulla personalità del giurista inglese: R.A. COSGROVE, *Sir William Blackstone: The intersection of Positivism and Natural law theory*, in ID., *Scholars of the Law. English Jurisprudence from Blackstone to Hart*, New York, 1996, pp. 21-50; W. PREST, *William Blackstone. Law and letters in the eighteenth century*, Oxford, 2008; *Blackstone and his commentaries. Biography, law, history*, W. Prest (ed.), Oregon, 2009. Sui *Commentaries*, senza pretesa di completezza: S.F.C. MILSOM, *The Nature of Blackstone's Achievement*, in « Oxford Journal of Legal Studies », 1 (1981), pp. 1-12; A. WATSON, *The structure of Blackstone's Commentaries*, in « The Yale Law Journal », 97 (1988), pp. 795-812; J.W. CAIRNS, *Blackstone, an English institutist: Legal literature and the rise of the nation state*, in « Oxford Journal of Legal Studies », 4 (1984), pp. 318-360; *Re-interpreting Blackstone's Commentaries. A Seminal Text in National and International Contexts*, W. Prest (ed.), Oxford, 2014.

⁽⁷⁾ Questa datazione è proposta da: *The English essays of Edward Gibbon*, P.B. Craddock (ed.), Oxford, 1972, p. 558. Ipotizza invece il 1770 Lord Sheffield (*The miscellaneous works of Edward Gibbon esq. with memoirs of his life and writings*, IV, London, 1814, p. 5), seguito da G. GIARRIZZO, *Edward Gibbon e la cultura europea del Settecento*, Napoli, 1954, p. 407 n. 8.

⁽⁸⁾ Si è scelto qui di adottare l'edizione curata da J.B. Bury, E. GIBBON, *The History of the Decline and Fall of the Roman Empire*, London, 1897-1900. Sulla composizione della *History* si veda il recente studio di C. ROBERTS, *Edward Gibbon and the shape of history*, Oxford, 2014.

frammentaria ⁽⁹⁾. Il quadro fu completamente rivoluzionato quando Patricia Craddock lo restituì nella sua interezza, permettendo di apprezzarlo complessivamente ⁽¹⁰⁾.

L'*Abstract* non rappresenta un semplice riassunto del libro del giurista inglese, ma ha una propria autonomia ed una propria struttura, certamente dipendente dal modello dei *Commentaries*, ma non per questo perfettamente coincidente con esso: « Gibbon both quoted and paraphrased Blackstone from time to time, and he arranged his abstract according to the sections of Blackstone's work, but Gibbon's text and his notes were expressed in his own style, governed by his judgment both in proportions and in emphasis, and representative of his independent opinions on numerous occasions » ⁽¹¹⁾.

Riprendendo, quasi a sommario, gli aggettivi utilizzati dallo stesso Gibbon per descrivere il proprio testo, si possono giudicare più da vicino le principali caratteristiche: « a copious and critical abstract of that English work was my first serious production in my native language » ⁽¹²⁾; ed ancora, « a copious, rational abstract of Blackstone's Commentaries was the first and, indeed, the sole fruit of my legal studies » ⁽¹³⁾.

Il primo attributo è « copious ». L'ampiezza è una delle peculiarità dell'*abstract*, che, occupando più di venti fogli del manoscritto 34881 della British Library ⁽¹⁴⁾, risulta essere la più lunga "recensione" di un libro composta da Gibbon. L'*abstract*, inoltre, se confrontato con gli altri scritti minori, è tra i più estesi, insieme

⁽⁹⁾ GIBBON, *Miscellaneous works*, cit., V, pp. 545-547. Il titolo con cui viene indicato è: *Remarks on Blackstone's commentaries referred to in Mr. Gibbon's memoirs*.

⁽¹⁰⁾ GIBBON, *The English essays*, cit., pp. 59-87.

⁽¹¹⁾ P.B. CRADDOCK, *Young Edward Gibbon. Gentleman of Letters*, Baltimore-London, 1982, p. 234. Da segnalare anche le altre biografie apparse su Gibbon: G.M. YOUNG, *Gibbon*, London, 1932; D.M. LOW, *Edward Gibbon. 1737-1794*, London, 1937; M. JOYCE, *Edward Gibbon*, London, 1953.

⁽¹²⁾ E. GIBBON, *Memoirs of my life*, G.A. Bonnard (ed.), London, 1966, p. 148.

⁽¹³⁾ Ivi, p. 212.

⁽¹⁴⁾ La completa segnatura è Add. MSS. 34881, ff. 217-241. Per maggiori dettagli si rinvia a GIBBON, *The English essays*, cit., p. 558.

all'*Essai sur l'étude de la littérature* ⁽¹⁵⁾ e a *The letter on the Government of Berne*. « Critical » rimanda poi alla lettura analitica di Blackstone, nella quale Gibbon rivolge all'autore il proprio apprezzamento, così come le proprie osservazioni. Egli loda infatti la grande accuratezza di Blackstone nel definire il concetto di legge ⁽¹⁶⁾. Gibbon esprime pure il suo dissenso nei confronti del giurista ⁽¹⁷⁾, segno di notevole maturità di giudizio ⁽¹⁸⁾. Inoltre, egli formula alcune considerazioni sullo svolgimento dei *Commentaries*, segnalando i punti in cui Blackstone ha affrontato temi in forma troppo ampia rispetto alla loro reale importanza ⁽¹⁹⁾. Con l'ultimo aggettivo, « rational », si vuole infine sottolineare la capacità di

⁽¹⁵⁾ E. GIBBON, *Essai sur l'étude de la littérature. A critical edition*, introduced and annotated by R. Mankin, Text prepared by P. Craddock, Oxford, 2010.

⁽¹⁶⁾ GIBBON, *The English essays*, cit., p. 60: « Mr B illustrates this definition with great accuracy, but perhaps with somewhat too-great prolixity ».

⁽¹⁷⁾ Secondo Gibbon (ivi, p. 63), Blackstone avrebbe potuto spiegare il perché il clero privilegiava il diritto romano e quello canonico rispetto alle antiche consuetudini, fornendo anche degli esempi di come esso fosse riuscito a servirsene per tutelare gli interessi propri dell'ordine ecclesiastico: « Perhaps Mr B might have shown the reasons of the preference which the Clergy gave to the Civil and Canon, and have given us some instances how well they suited the Views and Interest of the Ecclesiastical Order ». Il disappunto di Gibbon verso la *civil law* è pure espresso nelle *Outlines of the History of the World* (*The English essays*, cit., p. 174): « With the liberty of Europe, it's Genius awoke; but the first efforts of it's growing strength were consumed in vain and fruitless pursuits. Ignorance was succeeded by error. The Civil and Canon Jurisprudence were blindly adopted, and laboriously perverted ». Un inquadramento dello studio del *civil law* nel XVIII secolo in Inghilterra è tracciato da: D. IBBETSON, *An essay on the law of bailments by Sir William Jones*, Bangor, 2007, pp. 33-41.

⁽¹⁸⁾ Lo storico inglese contesta la ricostruzione dell'origine storica dell'istituto della *corporation*: « Mr B attributes the invention to the Roman and improvement of it to our own laws » (GIBBON, *The English essays*, cit., p. 86). Per Blackstone, infatti, questa istituzione fu introdotta, secondo la notizia di Plutarco, dal Re Numa Pompilio, il quale avrebbe creato delle associazioni basate sui mestieri per superare le divisioni tra Romani e Sabini. Sarebbe stato poi merito delle leggi inglesi, ovvero dell'*usual genius of the English nation*, il definitivo assetto dell'istituto, in forza delle quali anche si era riconosciuta la possibilità di una *corporation* formata da un solo soggetto. Il commento di Gibbon circa le considerazioni del giurista è lapidario: « tho' for my part I can see nothing so wonderfull in either ».

⁽¹⁹⁾ Così, Gibbon giustappone al paragrafo in cui descrive l'ereditarietà della corona inglese una nota, assai scarna, ma comunque significativa per comprendere l'attenzione con cui lo storico si è avvicinato alla lettura di Blackstone: « I wish Mr. B. had talked a little less of Egbert and of the right suspended from Edward the Confessor

sintesi e la precisione definitoria dei concetti giuridici presenti nello scritto di Gibbon.

Blackstone non rimane solamente una lettura giovanile ⁽²⁰⁾, tanto che Gibbon cita esplicitamente i *Commentaries* sia nella propria autobiografia che nella *History*. Nelle sue memorie, parlando della conversione al cattolicesimo avvenuta nel 1753 ⁽²¹⁾, Gibbon ricorda i rischi a cui andava incontro con tale atto e copia *verbatim* un passo tratto dal quarto libro dei *Commentaries*, pubblicato nel 1775, nel quale la riconciliazione con il papato è punita come alto tradimento. Venendo invece alla *History*, la menzione di Blackstone ricorre per due volte. Nel capitolo quarantaquattresimo, Gibbon riporta in nota il secondo libro per dimostrare come le leggi inglesi favoriscano il figlio maggiore nella successione ereditaria ⁽²²⁾, risultando così molto meno aderenti al principio di uguaglianza

to James I. Such a suspension must be equivalent to a total extinction, in the opinion of all, but jure-divino men ». GIBBON, *The English essays*, cit., p. 68.

⁽²⁰⁾ Nella biblioteca di Gibbon, così come ricostruita da Geoffrey Keynes (*The library of Edward Gibbon*, [Godalming], 1980², pp. 72-73) sono presenti due copie dei *Commentaries*, una del 1773 e l'altra del 1774. Di Blackstone, egli possiede anche un'edizione del 1762 dei *Law Tracts* e una del 1771 dei *Tracts chiefly relating to the antiquities and laws of England*. Oltre allo studio di Keynes, cfr. J. WESTFALL THOMPSON, *The Library of Gibbon the Historian*, in « The Library Quarterly », 1937, 7, pp. 343-353; G.W. BOWERSOCK, *Alcune riflessioni sulla biblioteca di Gibbon*, ora in Id., *Saggi sulla tradizione classica*, cit., pp. 61-70.

⁽²¹⁾ Scrive Gibbon (*Memoirs*, cit., p. 61): « I solemnly, though privately, abjured the errors of heresy. The seduction of an English youth of family and fortune was an act of as much danger as glory; but he bravely overlooked the danger, of which I was not then sufficiently informed. 'Where a person is reconciled to the see of Rome, or procures others to be reconciled, the offence,' says Blackstone, 'amounts to High-treason' ». Il riferimento di Blackstone è al capitolo quarto del libro quarto dei *Commentaries*. Su questo decisivo episodio biografico: V. TURNBULL, *The supposed infidelity of Edward Gibbon*, in « The Historical Journal », 5 (1982), pp. 23-51.

⁽²²⁾ GIBBON, *History*, cit., IV, p. 488 n. 150: « In England the eldest son alone inherits all the land; a law, says the orthodox judge Blackstone (*Commentaries on the laws of England*, vol. II, p. 215) unjust in the opinion of younger brothers. It may be of some political use in sharpening their industry »; ivi, IV, p. 488 n. 151: « Blackstone's Tables (vol. II, p. 202) represent and compare the decrees of the civil with those of the canon and common law ».

rispetto alle leggi di Roma ⁽²³⁾. Nel capitolo venticinquesimo, rinvia nuovamente al quarto libro dei *Commentaries*, per ricordare come la maggior parte dei giuristi si schierò contro la pratica della magia ⁽²⁴⁾.

L'uso ricorrente dei *Commentaries* nel corso della sua vita conferma i positivi giudizi che Gibbon esprime nei suoi scritti. In apertura dell'*abstract*, loda il lavoro di Blackstone, definendo fruttuoso il lascito di Charles Viner, grazie al quale venne istituita, per la prima volta, una cattedra di *English law*, su cui sedette appunto Blackstone e dalla quale vennero alla luce gli « excellent commentaries » ⁽²⁵⁾. All'apprezzamento dell'elevata qualità del lavoro si associa quello per la sua utilità, « the useful commentaries of Blackstone on the laws of England » ⁽²⁶⁾.

2. *La costituzione inglese nei Commentaries di Blackstone.*

Il primo libro dei *Commentaries* di William Blackstone costituisce lo studio più completo e sistematico composto da un giurista di quel periodo sull'architettura dello stato inglese ⁽²⁷⁾. Fin dalla sua pubblicazione, il lavoro venne favorevolmente accolto dai contemporanei e più volte recensito su diversi quotidiani e riviste. Thomas

⁽²³⁾ Ivi, IV, p. 488: « the jurisprudence of the Roman appears to have deviated from the equality of nature much less than the Jewish, the Athenian or the English institutions ».

⁽²⁴⁾ Ivi, III, p. 16 n. 46: « The French and English lawyers, of the present age, allow the theory, and deny the practice, of witchcraft, (Denisart, Recueil de Décisions de Jurisprudence, au mot Sorciers, tom. IV, p. 553. Blackstone's Commentaries, vol. IV, p. 60). As private reason always prevents, or outstrips, public wisdom, the president Montesquieu (Esprit des Loix, l. xii. c. 5, 6) rejects the existence of magic ».

⁽²⁵⁾ GIBBON, *Memoirs*, cit., p. 66. Lo stesso aggettivo è utilizzato anche in uno dei *remarks* (*The English essays*, cit., p. 63): « This excellent work of which we have only the first volume in extracted which Mr B read as Vinerian Professor ».

⁽²⁶⁾ *The autobiographies of Edward Gibbon*, J. Murray (ed.), London, 1897, p. 124.

⁽²⁷⁾ E. BARKER, *Blackstone on the British Constitution*, in ID., *Essays on Government*, Oxford, 1951, p. 124; W. PREST, *William Blackstone and the "free constitution of Britain"*, in *Constitutions and the classics: patterns of constitutional thought from Fortescue to Bentham*, D.J. Galligan (ed.), Oxford, 2014, pp. 227-228. Sul cambiamento nella storiografia circa l'importanza del lavoro di Blackstone: CAIRNS, *Blackstone, an English institutist*, cit., spec. pp. 352-353.

Robinson, sul *London Magazine* del gennaio 1766, scrisse che Blackstone « proves the foundation of our constitution to be a rock, he builds the most beautiful superstructure upon it, shews means of stopping up some few cracks in the masonry »⁽²⁸⁾.

Blackstone si occupa del diritto costituzionale propriamente detto all'interno di *Of the Rights of Persons* (29), seguendo la struttura espositiva che aveva presentato nell'*Analysis of the Laws of England* nel 1756. Il giurista inglese sceglie di non affrontare direttamente il tema della forma di governo, e preferisce il più ampio quadro dei *rights* e dei *duties* degli individui. Tra i diritti delle persone, vi sono infatti quelli pubblici, ove si collocano i rapporti con le istituzioni di uno stato.

La riflessione di Blackstone si caratterizza per un'efficace organizzazione delle diverse fonti a disposizione. La costruzione di pensiero, assai coesa al suo interno, reca impressa l'influenza di Locke e di Montesquieu (30), che nell'*Esprit des Lois* aveva fatto ricorso ai concetti di costituzione mista e di separazione dei poteri (31) per descrivere come l'Inghilterra fosse governata (32).

Blackstone, però, adotta una concezione meno astratta e meno formale rispetto al pensatore francese, perché il suo principale obiettivo è presentare una « patriotic history of civil liberty or rights

(28) T. ROBINSON in « London Magazine », 35 (1976), p. 3. La citazione è tratta da: PREST, *William Blackstone*, cit., p. 220.

(29) A.V. DICEY, *Introduzione allo studio del diritto costituzionale. Le basi del costituzionalismo inglese*, Bologna, 2003, pp. 8-11.

(30) G. JONES, *Introduction*, in W. BLACKSTONE, *The sovereignty of the law. Selections from Blackstone's Commentaries on the Laws of England*, London, 1973, p. XLIII; M.J.C. VILE, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, Indianapolis, 1998, pp. 103-105; P.O. CARRESE, *The Cloaking of Power. Montesquieu, Blackstone, and the Rise of Judicial Activism*, Chicago, 2013, p. 126.

(31) Sulla separazione dei poteri in Montesquieu: R. SHACKLETON, *Montesquieu, Bolingbroke and the separation of powers*, in « French Studies », 3 (1949), pp. 25-38; VILE, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, cit., pp. 83-106; P. MANENT, *An intellectual history of liberalism*, Princeton, 1995, pp. 53-64.

(32) Per l'analisi della *British constitution* di Montesquieu: A.M. COHLER, *Montesquieu's comparative politics and the spirit of American constitutionalism*, Lawrence, 1988; *Montesquieu's Science of Politics. Essays on The Spirit of Laws*, edited by D.W. Carrithers, M.A. Mosher, P.A. Rahe, Lanham, 2001; G. GROTTANELLI DE' SANTI, *Montesquieu*, in *Constitutions and the classics*, Galligan (ed.), cit., pp. 250-264.

under government » (33). Il sistema costituzionale inglese ha origini lontane, ed è la meta raggiunta dopo un lento cammino percorso nella storia. Di esso sono evidenti almeno alcune tappe: la fondazione ci riconduce ai Sassoni; si passa poi alla dominazione normanna; infine, decisivi appaiono i provvedimenti legislativi della *Magna Carta*, del *Petition of Right*, dell'*Habeas corpus* del 1679, e dell'*Act of Settlement*, che sanciscono la difesa dei diritti e delle libertà del suddito inglese.

Blackstone è considerato sostenitore della « pure doctrine of legislative sovereignty » (34), poiché la creazione di norme rappresenta il massimo potere esercitabile in uno stato e ogni altro potere è subordinato (35). Tuttavia, pur affermando che il potere legislativo è una « supreme, irresistible, absolute, uncontrolled authority in which...the rights of sovereignty resides » (36), Blackstone riconosce l'esistenza di una legge superiore (37) a cui tutte le leggi umani sono subordinate (38).

Il virtuoso equilibrio della costituzione inglese viene raggiunto attraverso la partecipazione dei tre attori politici dello stato (*king, lords, commons*) alla funzione legislativa (39).

(33) D. LEMMINGS, *Editor's Introduction to Book I*, in W. BLACKSTONE, *Commentaries of the laws of England*, Oxford, 2016, p. XXIV.

(34) H.L. LUBERT, *Sovereignty and Liberty in William Blackstone's "Commentaries on the Laws of England"*, in « The Review of Politics », 72 (2010), p. 288. *Sovereignty* ha avuto nel corso della storia politica inglese molteplici significati: J. GOLDSWORTHY, *The sovereignty of Parliament. History and philosophy*, Oxford, 1999, pp. 9-21.

(35) BLACKSTONE, *Commentaries*, cit., I, p. 46, 49.

(36) Ivi, p. 49.

(37) Ivi, p. 41.

(38) Sul punto: R. HYLAND, *The Case for the Common Law*, in *Rechtsgeschäft, Methodenlehre und darüber hinaus. Liber Amicorum für Detlef Leenen*, ed. M. Häublein, S. Utz, Berlin, 2012, pp. 109-129.

(39) BLACKSTONE, *Commentaries*, cit., pp. 50-51: « The legislature of the kingdom is entrusted to three distinct powers, entirely independent of each other; first, the king; secondly, the lords spiritual and temporal, which is an aristocratical assembly of persons selected for their piety, their birth, their wisdom, their valour, or their property; and, thirdly, the house of commons, freely chosen by the people from among themselves, which makes it a kind of democracy; as this aggregate body, actuated by different springs, and attentive to different interests, composes the British parliament, and has the supreme disposal of every thing; there can no inconvenience be attempted by either of the three branches, but will be withstood by one of the other two; each branch being

Ciascuna parte del Parlamento ha la facoltà di esercitare un controllo sull'operato altrui, evitando che una componente prevalga e dia luogo ad un abuso di potere in grado di minacciare la libertà del singolo; in ciò si realizza pienamente una forma mista di governo (*mixed constitution*)⁽⁴⁰⁾, ove interagiscono la monarchia, l'aristocrazia dei *lords* e la democrazia dei *commons* (41).

Questa teoria politica si era progressivamente affermata dopo la pubblicazione, nel 1656 (42), dell'*Oceana* di Harrington, il quale aveva recuperato integralmente l'analisi di Machiavelli e del suo nume tutelare Polibio (43). Essa risponde al modello di costituzione che orienta il partito Whig, protagonista indiscusso della scena politica inglese per tutta la prima metà del Settecento, portandolo

armed with a negative power, sufficient to repel any innovation which it shall think inexpedient or dangerous ».

(40) GOLDSWORTHY, *The sovereignty of Parliament*, cit., pp. 200-201. Per D. Lieberman (*The mixed constitution and the common law*, in *The Cambridge History of Eighteenth-Century Political Thought*, Cambridge, 2006, p. 318) « no characterization of England's constitution was more pervasive than the claim that the kingdom comprised a mixed form of government ».

(41) Molto chiara è l'annotazione di Lord Bolingbroke (*A dissertation upon parties*, cit., p. 119): « it is by this mixture of monarchical, aristocratical and democratical power, blended together in one system and by these three estates balancing one another, that our free constitution of government hath been preserved so long inviolate ».

(42) J.G.A. POCKOCK, *Il momento machiavelliano. Il pensiero politico fiorentino e la tradizione repubblicana anglosassone*, I-II, Bologna, 1980; ID., *Machiavelli, Harrington and the English political ideologies in the Eighteenth century*, ora in ID., *Politics, Language and Time. Essays on political thought and history*, London, 1972, pp. 104-147; ID., *The ancient constitution and the late feudal law*, Cambridge, 1987², pp. 124-148.

(43) J.G.A. POCKOCK, *Between Machiavelli and Hume: Gibbon as Civic Humanist and Philosophical Historian*, in *Edward Gibbon and the Decline and Fall of the Roman Empire*, G.W. Bowersock, J. Clive, S.R. Graubard (eds.), Cambridge, 1977, p. 157. Dello stesso autore si veda anche: *Civic humanism and its role in Anglo-American thought*, ora in ID., *Politics, Language and Time*, cit., pp. 80-103. Su Polibio: E. GABBA, *L'invenzione greca della costituzione romana*, in ID., *Roma arcaica. Storia e storiografia*, Roma, 2000, pp. 259-269; D. MANTOVANI, *Il profilo greco della costituzione romana*, in « *Athenaeum* », 86 (1998), pp. 497-504; J. THORNTON, *La costituzione mista in Polibio*, in *Governo misto. Ricostruzione di un'idea*, a cura di D. Felice, Napoli, 2011, pp. 67-118. Su Machiavelli e Polibio si rinvia agli studi di G. SASSO, *Machiavelli e gli antichi e altri saggi*, I, Milano, 1987, pp. 67-118.

alla stesura della *Declaration of Rights* e, sul piano legislativo, alla successiva emanazione del *Bill of Rights* ⁽⁴⁴⁾.

Blackstone riprende l'impostazione di Montesquieu, secondo cui la separazione dei poteri blocca la prevaricazione di uno sull'altro, ma al tempo stesso se ne distacca perché il re, che incarna il potere esecutivo, è parte essenziale del parlamento, al quale è invece demandata la funzione legislativa. Mentre per Blackstone « the crown...is part of the legislative and the sole executive magistrate » ⁽⁴⁵⁾, Montesquieu riteneva che il corpo legislativo fosse composto soltanto da *commons* e *lords* ⁽⁴⁶⁾, e, rilevava come l'esecutivo, impersonato dal sovrano, mantenesse un potere di veto nei confronti delle iniziative delle due Camere, a cui spettava principalmente l'azione legislativa ⁽⁴⁷⁾.

Blackstone riesce a sviluppare un approccio teorico nel quale la separazione dei poteri si somma in maniera armonica con l'idea di una *balanced constitution* ⁽⁴⁸⁾. I *checks and balances* — termini che non compaiono nell'*Esprit des lois* — permeano l'intero sistema costituzionale, e il controllo incrociato, non solo tra i soggetti politici

⁽⁴⁴⁾ GOLDSWORTHY, *The sovereignty of Parliament*, cit., pp. 159-164.

⁽⁴⁵⁾ BLACKSTONE, *Commentaries*, cit., pp. 154-155; pp. 149-150: « It is highly necessary for preserving the balance of the constitution, that the executive power should be a branch, though not the whole, of the legislature. The total union of them, we have seen, would be productive of tyranny; the total disjunction of them for the present, would in the end produce the same effects, by causing that union, against which it seems to provide. The legislature would soon become tyrannical, by making continual encroachments, and gradually assuming to itself the rights of the executive power.... To hinder therefore any such encroachments, the king is himself a part of the parliament: and, as this is the reason of his being so, very properly therefore the share of legislation, which the constitution has placed in the crown, consists in the power of rejecting, rather than resolving; this being sufficient to answer the end proposed ».

⁽⁴⁶⁾ LUBERT, *Sovereignty and Liberty*, cit., p. 289.

⁽⁴⁷⁾ MONTESQUIEU, *E. L.*, lib. XI, cap. 6: « Le corps législatif y étant composé de deux parties, l'une enchaînera l'autre par sa faculté mutuelle d'empêcher. Toutes les deux seront liées par la puissance exécutrice, qui le sera elle-même par la législative.... La puissance exécutrice ne faisant partie de la législative que par sa faculté d'empêcher, elle ne saurait entrer dans le débat des affaires. Il n'est pas même nécessaire qu'elle propose, parce que, pouvant toujours désapprouver les résolutions, elle peut rejeter les décisions des propositions qu'elle aurait voulu qu'on n'eût pas faites ».

⁽⁴⁸⁾ VILE, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, cit., pp. 58-82.

ma anche tra i diversi poteri, impedisce l'affermarsi della tirannide e la perdita di ogni libertà: basti pensare all'atto di *impeachment* del Parlamento nei confronti dei ministri del governo.

Infine, Blackstone ha il merito di precisare, sempre restando sulla scia di Montesquieu, la portata dell'indipendenza del potere giudiziario. Blackstone non inserisce il *judiciary power* nei tre poteri che realizzano la costituzione bilanciata, ma finisce per enfatizzare l'autonomia *de facto* raggiunta. Blackstone rimarca quindi le novità legislative non valutate dal pensatore francese; se è vero che la Corona mantiene la prerogativa sulla nomina dei giudici, che svolgono il loro ufficio *durante bene placito* del sovrano, tuttavia essi non possono essere rimossi né privati della loro retribuzione ⁽⁴⁹⁾.

3. *La costituzione inglese nella costituzione romana della History.*

Gibbon, così come Blackstone, ha tra i suoi *magni auctores* Montesquieu, quasi una sorta di invisibile anello che lega i due pensatori inglesi. Tuttavia, la comprensione del sistema costituzionale inglese, che lo storico della *History* acquisisce, è pure debitrice di quell'attento studio che aveva svolto sui *Commentaries*. Le tracce a volte possono sembrare impercettibili, ma una disamina dei testi, compiuta attraverso la lente di Blackstone, pone in una nuova luce questo non secondario aspetto della riflessione di Gibbon.

Entrando nel cuore della dottrina politica riguardante l'Inghilterra, Blackstone ricordava, nel secondo capitolo *On the Parliament*, che la condivisione del potere legislativo tra il sovrano e le due camere si incarnava nel *King-in-Parliament*. La sovranità, dopo la Rivoluzione del 1688, non risiedeva più nelle sole mani del re, ma nell'unione di re, *lords* e *commons*, che componevano il Parlamento ⁽⁵⁰⁾. Gibbon è altrettanto consapevole del fatto che il Parla-

⁽⁴⁹⁾ Sul punto, più diffusamente: CARRESE, *The Cloaking of Power. Montesquieu*, cit., pp. 138-149; H. DIPPEL, *Blackstone's Commentaries and the origins of modern constitutionalism*, in *Re-Interpreting Blackstone's Commentaries*, Prest (ed.), cit., p. 210.

⁽⁵⁰⁾ Il peso politico del Parlamento inglese dopo il 1688 è dimostrato dalla crescente importanza della legislazione: J. HOPPIT, *Patterns of Parliamentary Legislation 1660-1800*, in «The Historical Journal», 39 (1996), pp. 109-131; Id., *Failed legislation 1660-1800*, London, 1997; J. BLACK, *The Politics of Britain. 1688-1800*, Manchester, 1993.

mento sia la chiave di volta della costituzione britannica, e, nella sezione dell'*abstract* parallela a quella dei *Commentaries*, adotta, a questo proposito, un'impostazione assai efficace:

The supreme power in our constitution is lodged in a great council, the essential parts of which consist of 1. An hereditary King, 2. An assembly of Hereditary Nobles, originally appointed by the King, of 26 Bishops who are constantly nominated by the same authority and of sixteen Peers elected from and by a body of the Scotch Nobility, and 3. of the Representatives of the Commons of Great Britain chose by themselves in their respective divisions of Counties, Cities and boroughs. In the joint consent of these power which is essential to Civil Society and their will declared in the Legal forms is considered as the will of the whole ⁽⁵¹⁾.

Il testo, dal carattere manualistico, presenta il potere legislativo come *supreme*. Esso spetta ad un'assemblea nella quale sono riuniti il re, i *lords* e i *commons*. La personale visione dello storico inglese riguarda la necessità di un consenso congiunto dei tre poteri, definito come essenziale per uno Stato: solo allora la volontà di questi poteri, espressa nelle forme di legge, diviene la volontà di tutti.

Nella *History*, la *parliamentary sovereignty* espressa nel *King-in-Parliament* è esplicitamente formulata nel quarantaquattresimo capitolo, dedicato al diritto romano ⁽⁵²⁾:

Two hundred families supply, in lineal descent, the second branch of the English legislature, which maintains, between the king and the commons, the balance of the constitution.

Gibbon e Blackstone non associano il potere legislativo alle

⁽⁵¹⁾ GIBBON, *The English essays*, cit., p. 65.

⁽⁵²⁾ GIBBON, *History*, cit., IV, p. 471. In questo capitolo dedicato all'opera compilatoria giustiniana, Gibbon coglie l'occasione per trattare più in generale del diritto romano, delle sue fonti e della sua storia. Il testo fu tradotto nel 1789 in lingua tedesca da Gustav Hugo, con annotazioni (la versione è stata recentemente riedita: E. GIBBON, *Historische Übersicht des Römischen Rechts, übersetzt, eingeleitet und kommentiert von G. Hugo, mit einem Vorw. und einer Würdigung Gustav Hugos neu herausgegeben von Okko Behrends*, Göttingen, 1996). Sulla fortuna dell'opera dello storico inglese negli studi giuridici nel mondo anglosassone: M.H. HOEFELICH, *Edward Gibbon, Roman Lawyer*, in «The American Journal of Comparative Law», 39 (1991), pp. 803-818.

sole assemblee dei *lords* e dei *commons*, perché nel parlamento, organo deputato all'emanazione delle leggi, siede anche il re (53).

Gibbon, inoltre, al pari di Blackstone, accoglie l'idea di una costituzione bilanciata che assegna a ciascun potere il controllo sugli altri (54). Il sistema costituzionale inglese non solo mescola ciascuna delle tre forme di governo conosciute, ma combina insieme i tre poteri attraverso reciproci *checks*, per impedire la degenerazione nell'assolutismo o per non causare limitazioni della libertà dei cittadini. L'equilibrio della costituzione è così ottenuto dalla partecipazione del potere esecutivo, impersonato dal Re, al potere legislativo, rappresentato dalle Camere dei Lords e dei Comuni, ma anche dai vincoli che legano ciascuno dei tre attori politici (55).

La teoria della costituzione mista (56) ha spazio nella *History*, dove Gibbon ricorda quanto la grandezza di Roma repubblicana dovesse dall'azione sinergica dei tre poteri, i consoli, il Senato e la plebe:

The principal conquests of the Romans were achieved under the republic; and the emperors, for the most part, were satisfied with preserving those dominions which had been acquired by the policy of the senate, the active emulations of the consuls, and the martial enthusiasm of the people (57).

La costituzione mista romana diveniva quindi, nella prospettiva dello storico, il termine di paragone naturale per la sua amata

(53) L'idea che la camera dei Lords sia forza di bilanciamento per la stabilità del governo britannico può essere considerata una ripresa del pensiero di Montesquieu; tuttavia, essa è più vividamente espressa da Blackstone (*Commentaries*, cit., I, pp. 153-154), il quale allude alla soppressione della camera da parte di Cromwell.

(54) Ivi, I, pp. 150-151.

(55) Ivi, I, p. 150: « And herein indeed consists the true excellence of the English government, that all the parts of it form a mutual check upon each other. In the legislature, the people are a check upon the nobility, and the nobility a check upon the people; by the mutual privilege of rejecting what the other has resolved: while the king is a check upon both, which preserves the executive power from encroachments ».

(56) Per una storia della teoria della costituzione mista, dall'età antica all'Inghilterra dei Tudors: W. NIPPEL, *Mischverfassungstheorie und Verfassungsrealität in Antike und früher Neuzeit*, Stuttgart, 1980. Per il mondo romano: C. CARSANA, *La teoria della « costituzione mista » nell'età imperiale romana*, Como, 1990.

(57) GIBBON, *History*, cit., I, p. 1.

Inghilterra, « the last refuge of liberty and law » (58). L'apprezzamento di Gibbon per la monarchia costituzionale rimase costante, come attesta l'episodio della discussione avvenuta nella casa della Contessa de Froulay con l'Abbé de Mably (59). Gibbon, nella conversazione con il pensatore francese, mostra, con forte convinzione, i difetti di un sistema democratico repubblicano, e palesa il proprio favore per il regime monarchico inglese.

Nella *History*, Gibbon allude in numerose occasioni alle qualità della costituzione britannica, la sola, ai suoi occhi, capace di resistere alle derive dispotiche grazie alla presenza di *checks and balances* che essa si è data nel corso del tempo (60). Così, precisamente nel terzo capitolo, descrivendo la monarchia romana, Gibbon presenta la dicotomia tra nobiltà e popolo, i quali, riuniti in assemblee, sono l'argine alla deriva dispotica del sovrano (61):

(58) Lettera a Lord Sheffield, 10.11.1792, in: *The letters of Edward Gibbon*, cit., p. 291.

(59) GIBBON, *Memoirs*, cit., p. 169 n. 31: « Vous étiez chez M. de Foncemagne, mon cher Theodon, le jour que M. l'Abbé de Mably et M. Gibbon y dînerent en grande compagnie. La conversation roula presque entièrement sur l'histoire. L'Abbé étant un profond politique, la tourna sur l'administration, quand on fut au dessert; et comme, par caractère, par humeur, par l'habitude d'admirer Tite-Live, il ne prise que le système républicain, il se mit à vanter l'excellence des Républiques; bien persuadé que le savant Anglois l'approuveroit en tout, et admireroit la profondeur de génie, qui avoit fait deviner tous ces avantages à un François. Mais M. Gibbon, instruit par experience des inconvéniens d'un gouvernement populaire, ne fut point du tout de son avis, et il prit généreusement la défense du gouvernement monarchique. L'Abbé voulut le convaincre par Tite-Live, et par quelques argumens tirés de Plutarque en faveur des Spartiates. M. Gibbon, doué de la memoire la plus heureuse et ayant tous les faits présens à la pensée, domina bien-tôt la conversation; l'Abbé se fâcha, il s'emporta, il dit des choses dures. L'Anglois, conservant le flegme de son pays, prenoit ses avantages, et pressoit l'Abbé avec d'autant plus de succès que la colère le troubloit de plus en plus. La conversation s'échauffoit, et M. de Foncemagne la rompit en se levant de table, et en passant dans le sallon, où personne ne fut tenté de la renouer ». Un'analisi di questo particolare momento della vita di Gibbon si trova in: P.B. CRADDOCK, *Edward Gibbon, Luminous Historian, 1772-1794*, Baltimore-London, 1989, pp. 95-96; A. MOMIGLIANO, *Edward Gibbon fuori e dentro la cultura italiana*, in ID., *Sui fondamenti della storia antica*, cit., pp. 353-354.

(60) Sull'origine polibiana del concetto di *checks and balances*: NIPPEL, *Mischverfassungstheorie und Verfassungsrealität*, cit., pp. 142-156.

(61) Analoga considerazione si rinviene anche in GIBBON, *History*, cit., III, p. 357: « The privileges of the subject would have secured the throne of the monarch; the

A martial nobility and stubborn commons, possessed of arms, tenacious of property, and collected into constitutional assemblies, form the only balance capable of preserving a free constitution against enterprises of an aspiring prince ⁽⁶²⁾.

La contrapposizione tra assemblee e principe potrebbe far pensare ad una rigorosa separazione dei poteri, — il legislativo al Senato e ai *comitia*, l'esecutivo al *princeps* —, ma ciò non corrisponderebbe neppure al pensiero di Montesquieu, il quale non attribuisce in via esclusiva un potere ad un solo organo, ma piuttosto assegna alle forze sociali i tre poteri, sia mediante un conferimento congiunto della stessa funzione sia mediante una sua ripartizione tra i diversi attori politici ⁽⁶³⁾.

Del resto, come si può leggere nell'*abstract*, il riconoscimento del Re quale componente fondamentale del potere legislativo non faceva venir meno la stabilità della costituzione inglese:

He (the king, n.d.r) is an essential part of the Legislature: his assent is necessary to every Law. This prerogative gives a proper balance to the constitution and secures a just independency to the Executive power which can never be limited or weakened but by it's own consent ⁽⁶⁴⁾.

abuses of an arbitrary administration might have been prevented, in some degree, or corrected, by the interposition of these representative assemblies; and the country would have been defended against a foreign enemy by the arms of natives and freemen ».

⁽⁶²⁾ GIBBON, *History*, cit., I, p. 59. Su questo passo, vd. anche DICKINSON, *The politics of Edward Gibbon*, cit., p. 187. La concezione che il sovrano debba legiferare con il contributo delle assemblee dell'aristocrazia e del popolo si trova già espressa nella *Letter on the government of Berne* (GIBBON, *Miscellaneous works*, cit., II, pp. 7, 11): « Il faut donc que le pouvoir législatif soit partagé. Un conseil dont les membres s'éclaircent et se contiennent les uns les autres, paroît en être un dépositaire bien choisi... Ces maisons souveraines ont un égal mépris pour ceux que le droit naturel auroit dû rendre leurs concitoyens, et pour ceux qui le sont par la constitution de l'état. Il manque même aux premiers une ressource que les monarques les plus absolus n'ont pas osé ôter à leurs sujets; je veux parler de ces tribunaux reconnus du souverain, e révéérés du peuple, pour être l'organe de la patrie, et les dépositaires des loix ». Sul punto, B. NORMAN, *The Influence of Switzerland on the life and writings of Edward Gibbon*, Oxford, 2002, pp. 35-36.

⁽⁶³⁾ F.T.H. FLETCHER, *Montesquieu and English politics (1750-1800)*, London, 1939, pp. 136-137; L. LANDI, *L'Inghilterra e il pensiero politico di Montesquieu*, Padova, 1981, pp. 143-191; LEMMINGS, *Introduction*, cit., p. XXXII.

⁽⁶⁴⁾ GIBBON, *The English essays*, cit., p. 70. Gibbon torna sul potere di veto dei re inglesi nel suo diario, annotando, l'8 novembre 1763, un lavoro di Pavillard dedicato alle vicende politiche della città di Ginevra: « Being unwell, I did nothing but read a

L'idea della necessità di un bilanciamento dei poteri, così come operato nella costituzione inglese, attraverso il potere di veto del re nei confronti dell'azione legislativa delle due camere, traspare pure nella *History*. Gibbon, infatti ⁽⁶⁵⁾, descrivendo il regno dei Longobardi, parla delle prerogative dei re e delle assemblee, e stigmatizza l'imperfezione del suo sistema di governo per la mancanza di equilibrio tra i diversi poteri:

It is certain that the Lombards possessed freedom to elect their sovereign and sense to decline the frequent use of that dangerous privilege...the king of Italy convened the national assemblies in palace, or more probably in the fields, of Pavia: his great council was composed of the persons most eminent by their birth and dignities; but the validity, as well as the execution of their decrees, depended on the approbation of the faithful people, the fortunate army of the Lombards...Secure by their courage in the possession of liberty, these rude and hasty legislators were incapable of balancing the powers of the constitution, or of discussing the nice theory of political government ⁽⁶⁶⁾.

Quanto all'impero romano, Gibbon vede nei primi due secoli della sua storia un periodo di prosperità, ottenuta grazie ad un esercizio moderato del potere da parte dei *principes*. Sono gli anni in cui Nerva, Traiano, Adriano e i due Antonini regnano su Roma. Scorrendo i primi due capitoli della *History* appaiono frequenti richiami alla capacità degli imperatori di mediare e di riuscire a garantire la pace a lungo a Roma, come nelle province. Nelle parole dello storico si rinviene poi una costante attenzione ai rapporti tra

small work which Mr. Pavillard had lent to me. It is entitled, Letters written from the Country, and relates to the troubles of Geneva... He is an advocate for the magistrates, and considers as a salutary check the previous approbation of the little council, before any bill can be proposed to the general assembly. This regulation he compares with the king's negative in the constitution of England. But there is a wide difference between a negative before, and after the deliberation » (GIBBON, *Miscellaneous works*, cit., V, p. 412). Sull'esercizio di questa prerogativa regia nel Settecento: C.E. FRYER, *The royal veto under Charles II*, in « English Historical Review », 32 (1917), pp. 103-111.

⁽⁶⁵⁾ Il testo è discusso anche da: E. TORTAROLO, *Gibbon e la libertà naturale. È possibile trasformare la libertà naturale in libertà politica?*, in *Ragione e immaginazione. Edward Gibbon e la storiografia europea del Settecento*, a cura di G. Imbruglia, Napoli, 1996, pp. 210-211 (trad. ingl.: *Edward Gibbon and Natural Freedom in the Decline and Fall. Or: can natural freedom be turned into 'the balance of freedom'?*, in *Edward Gibbon. Bicentenary essays*, D. Womersley (ed.), Oxford, 1997, pp. 125-139).

⁽⁶⁶⁾ GIBBON, *History*, cit., VI, p. 161.

imperatore e senato, la cui dialettica permette a Gibbon di misurare il grado di libertà del sistema costituzionale romano: « the image of a free constitution was preserved with decent reverence: the Roman senate appeared to possess the sovereign authority, and devolved on the emperors all the executive powers of government ». Questa rappresentazione positiva subisce un forte ridimensionamento quando Gibbon, nel capitolo terzo sulla costituzione romana, con toni duri si scaglia contro l'azione di riforma del senato operata da Augusto, quello stesso imperatore che era stato lodato solo poche pagine prima e considerato un modello per i suoi successori:

But whilst he thus restored the dignity, he destroyed the independence, of the senate. The principles of a free constitution are irrecoverably lost, when the legislative power is nominated by the executive ⁽⁶⁷⁾.

Ricorre anche in questo passo l'espressione *free constitution*, poco sopra descritta nella sua essenza come indipendenza del potere legislativo da quello esecutivo, e ora ricordata per essere stata definitivamente compromessa. La mancata autonomia del potere legislativo da quello esecutivo è la premessa al governo tirannico; questo principio, già affermato in Montesquieu ⁽⁶⁸⁾, è posto da Blackstone all'inizio della sua trattazione del capitolo sul Parlamento inglese:

⁽⁶⁷⁾ Ivi, I, p. 60. Il pericolo che il potere legislativo possa essere nominato da quello esecutivo è stigmatizzato anche in *The Letter on the government of Berne* (GIBBON, *Miscellaneous works*, cit., II, pp. 8-9): « Un conseil de trois cens personnes décide de tous vos intérêts en dernier ressort, et si ses intérêts et les vôtres ne sont pas d'accord, qui doit l'emporter? Non seulement ce sénat est législateur, mais il exécute ses propres loix. Cette union de deux puissances qu'on ne devoit jamais réunir, les rend chacune plus formidables. Quand elles sont séparées, la puissance législative redoute les résolutions violentes; elles seroient inutiles, si l'on n'arroit pas les mains de la puissance qui les doit exécuter, et cette puissance est toujours sa rivale, et son contrepoids. Mais ce n'est pas assez que cette union aiguise la glaive de l'autorité publique, elle le remet encore dans un plus petit nombre de mains ». Sul passo: BARIDON, *Edward Gibbon et le mythe de Rome*, cit., p. 102; NORMAN, *The influence of Switzerland*, cit., p. 24. Analogamente, la progressiva erosione del potere del Senato da parte del principe non può che portare per Gibbon al mutamento in tirannide: GIBBON, *History*, cit., I, p. 60; pp. 124-125, pp. 379-380.

⁽⁶⁸⁾ MONTESQUIEU, *E.L.*, lib. XI, cap. 6: « Lorsque dans la même personne ou dans le même corps de magistrature la puissance législative est réunie à la puissance

In all tyrannical governments the supreme magistracy, or the right both of making and of enforcing the laws, is vested in one and the same man, or one and the same body of men; and wherever these two powers are united together, there can be no public liberty. The magistrate may enact tyrannical laws, and execute them in a tyrannical manner, since he is possessed, in quality of dispenser of justice, with all the power which he as legislator thinks proper to give himself. But, where the legislative and executive authority are in distinct hands, the former will take care not to entrust the latter with so large a power, as may tend to the subversion of its own independence, and therewith of the liberty of the subject. With us therefore in England this supreme power is divided into two branches; the one legislative, to wit, the parliament, consisting of king, lords, and commons; the other executive, consisting of the king alone ⁽⁶⁹⁾.

Più che alla pura e semplice separazione dei poteri, Blackstone e Gibbon guardano al loro reciproco bilanciamento. Nel modello britannico, la libertà della costituzione è garantita dall'esercizio congiunto del potere legislativo nel Parlamento, nel quale siede il re, titolare del potere esecutivo, con i *lords* e i *commons*.

È piuttosto il potere giudiziario a dover essere tenuto al riparo dall'influenza dei poteri esecutivo e legislativo ⁽⁷⁰⁾. Questo spiega come mai lo storico inglese ritenga una sicurezza per i diritti naturali dell'individuo proprio l'autonomia del potere giudiziario ⁽⁷¹⁾:

The securities given by our laws to the natural rights of the subject seem to consist in a representative legislature and a judicial power independent

exécutive, il n'y a point de liberté, parce qu'on peut craindre que le même monarque ou le même sénat ne fasse des lois tyranniques pour les exécuter tyranniquement ».

⁽⁶⁹⁾ BLACKSTONE, *Commentaries*, cit., I, pp. 142-143.

⁽⁷⁰⁾ MONTESQUIEU, *E.L.*, lib. XI, cap. 6: « Il n'y a point encore de liberté si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutrice. Si elle était jointe à la puissance législative, le pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens serait arbitraire; car le juge serait législateur. Si elle était jointe à la puissance exécutrice, le juge pourrait avoir la force d'un oppresseur »; BLACKSTONE, *Commentaries*, cit., I, p. 260: « Nothing...is more to be avoided, in a free constitution, than uniting the provinces of a judge and a minister of state ». Sui passi, LIEBERMAN, *The mixed constitution*, cit., pp. 331-336.

⁽⁷¹⁾ Sulle prerogative regie e le guarentigie riservate ai giudici in Inghilterra: D. LEMMINGS, *The independence of the Judiciary in Eighteenth-century England*, in *The life of the law. Proceedings of the Tenth British Legal History Conference Oxford 1991*, P. Birks (ed.), London-Rio Grande, 1993, pp. 125-149.

without being arbitrary. Those very delicate trusts of life liberty and property can scarcely be committed to safer hands ⁽⁷²⁾.

La stessa considerazione è espressa nella descrizione delle prerogative regie dell'*abstract*, secondo le quali il sovrano è riconosciuto come « fountain of justice » ⁽⁷³⁾. Gibbon vede ormai completato il processo di rafforzamento dell'autonomia dei giudici verso la Corona, la quale non può provvedere alla rimozione di alcun magistrato né modificare le competenze giurisdizionali:

This separation of the Judicial from the executive power has been finally completed in our own time and may be considered as one of the strongest securities of our liberties ⁽⁷⁴⁾.

Per lo storico è quindi decisivo mantenere un equilibrio tra i diversi organi; un equilibrio che inevitabilmente viene a mancare con la concentrazione in una sola persona o gruppo di persone di più poteri. Per questo, Gibbon considera necessaria un'attribuzione di maggior potere al Senato romano, dopo che, privato del potere esecutivo, ora finito nelle salde mani imperiali, mantiene una potestà legislativa: « The loss of executive power was alleviated by the gift of legislative authority » ⁽⁷⁵⁾.

Al pari di Blackstone, per il quale lo stato, quando consegna nelle mani di uno solo il potere di emanare le leggi oltre che di eseguirle, rischia di perdere la propria libertà, soffocata dal dispotismo, Gibbon appare altrettanto consapevole della delicatezza di stabilire a quale organo venga affidato il compito di esprimere la volontà, alla quale tutti i consociati dovranno attenersi. Quando infatti si opti per concentrare in un'unica persona il potere legislativo, la minaccia per la libertà è grande:

But it is a matter of the utmost delicacy to determine with whom that general will ought to be deposited. Shall it reside in the breast of a prince who thereby becomes absolute? I know that the true interests of a prince can never be separated from those of his people, and that in exerting himself for their benefit, he labours for his own. This is the language of philosophy, but

⁽⁷²⁾ GIBBON, *The English essays*, cit., p. 64.

⁽⁷³⁾ Ivi, p. 71.

⁽⁷⁴⁾ *Ibidem*.

⁽⁷⁵⁾ GIBBON, *History*, cit., IV, p. 448.

it is seldom spoken by the preceptors of princes. The legislative power, therefore, cannot safely be entrusted to a single person. A council, whose members mutually instruct, and mutually check each other, appears to be its proper depository ⁽⁷⁶⁾.

Nella *History*, risultano numerosi gli esempi del progressivo insediarsi della tirannia a Roma a seguito dell'accentramento del potere legislativo nella persona del *princeps*, a partire da Adriano ⁽⁷⁷⁾, e le conseguenze non possono essere altro che l'abuso ⁽⁷⁸⁾.

Il senato, svuotato completamente dei suoi poteri, provoca la trasformazione in una monarchia assoluta, come del resto compie Diocleziano ⁽⁷⁹⁾. Se Augusto aveva rispettato la costituzione romana almeno sul piano della forma, l'avvento di Diocleziano al soglio imperiale crea una frattura non più riconciliabile. Una volta esautorato il Senato, il potere legislativo, il più alto fra tutti, si concentra ormai nelle sole mani dell'imperatore ⁽⁸⁰⁾.

4. *L'ereditarietà della corona.*

L'ereditarietà del titolo di sovrano è un altro importante aspetto del sistema costituzionale inglese. La successione del re intreccia non solo problemi di natura giuridica, ma rimanda a vicende chiave per la storia inglese, alcune delle quali risalgono a poca distanza dalla stesura dei *Commentaries*. Re Giorgio, primo membro del casato Hannover ad arrivare sul trono della Gran Bretagna, era legato, per parte materna, a Re Giacomo Stuart. L'ascesa al trono avvenne, tuttavia, in forza delle previsioni dell'*Act of Settlement* del 1701, provvedimento adottato dal Parlamento

⁽⁷⁶⁾ GIBBON, *Miscellaneous works*, cit., II, pp. 6-7.

⁽⁷⁷⁾ GIBBON, *History*, cit., IV, p. 450: « Hadrian appears to have been the first who assumed, without disguise, the plenitude of legislative power ».

⁽⁷⁸⁾ Ivi, IV, pp. 451-452.

⁽⁷⁹⁾ Ivi, I, pp. 379-380.

⁽⁸⁰⁾ L'immagine, forse peggiore, dell'assolutismo è quella però del califfato, nel quale si rispecchia l'antico spettro del dispotismo orientale: ivi, V, p. 493. Sul mondo ottomano nel pensiero di Gibbon: A. BRYER, *Gibbon and the later Byzantine Empires*, in *Edward Gibbon and empire*, a cura di R. McKitterick, R. Quinault, Cambridge, 1997, pp. 101-116.

inglese per assicurare un sovrano di fede protestante e per rafforzare i poteri del parlamento stesso.

L'attenzione di Gibbon per le vicende ereditarie delle corona inglese si trova espressa nelle *Memoirs*, ove egli scrive che « the study of hereditary honours is favourable to the Royal prerogative »⁽⁸¹⁾. Questa espressione riporta alla medesima impostazione di Blackstone che, nel terzo capitolo dedicato al *King's title*, inserisce il tema della successione alla monarchia inglese, accostando titolatura e prerogativa reale⁽⁸²⁾.

Se si legge l'*abstract*, Gibbon riporta, mettendolo tra virgolette, il passo in cui Blackstone afferma l'ereditarietà della corona e al tempo stesso i limiti imposti dal Parlamento al diritto di successione ereditaria del titolo⁽⁸³⁾:

Setting therefore aside the incomprehensible absurdity of a divine Right, this seems to be the fundamental maxim of our legal Succession. 'that the crown is, by common law and constitutional custom, hereditary; and this in a manner peculiar to itself: but that the right of inheritance may from time to time be changed or limited by act of Parliament; under which limitations the crown still continues hereditary'⁽⁸⁴⁾.

Gibbon non si limita a riprendere letteralmente i *Commentaries*, ma ha modo, più avanti nel testo, di formulare un giudizio sulla situazione contemporanea:

This is the hereditary but parliamentary and conditional title of our present King; a title produced at first by a deviation from established rules; but which is now supported by the plea of necessity and reason, the weight of legal authority and a national consent of seventy years⁽⁸⁵⁾.

⁽⁸¹⁾ GIBBON, *Memoirs*, cit., p. 11.

⁽⁸²⁾ Sulla figura del Re nei *Commentaries*: P.D. HALLIDAY, *Blackstone's King*, in *Re-interpreting Blackstone's Commentaries*, Prest (ed.), cit., pp. 169-187.

⁽⁸³⁾ Per Blackstone la successione della corona limitata dal Parlamento non può mai diventare, si badi, una monarchia elettiva: R. WILLIAM, *Blackstone and the theoretical perfection of English law in the reign of Charles II*, in « The Historical Journal », 26 (1983), pp. 60-61.

⁽⁸⁴⁾ GIBBON, *The English essays*, cit., p. 67. Cfr. BLACKSTONE, *Commentaries*, cit., p. 190. A questa citazione dedica attenzione: WOMERSLEY, *Gibbon and the Watchmen*, cit., p. 187.

⁽⁸⁵⁾ GIBBON, *The English essays*, cit., p. 68.

La *Glorious revolution* ⁽⁸⁶⁾ comportò la destituzione di Re Giacomo II e l'ascesa al trono di Guglielmo d'Orange e di Maria Stuart ⁽⁸⁷⁾. A seguito di questi avvenimenti, la successione alla corona è sì ereditaria, ma in base a regole definite puntualmente dal Parlamento ⁽⁸⁸⁾. Il « consenso nazionale di oltre settant'anni » su cui il titolo di re è fondato rievoca, nel suo riferimento temporale, le novità portate dalla *Revolution* ⁽⁸⁹⁾.

Nella *History*, il problema della successione al principato è affrontato in diversi punti, ma si coglie un tratto comune, il quale lega le insidie di scelta non su base ereditaria e i positivi riflessi dell'attribuzione della corona per vincolo di sangue. Così, ad esempio, Gibbon non può che ricordare l'influenza avuta dall'esercito nella designazione del nuovo imperatore.

Nel settimo capitolo, Gibbon, presentando l'ascesa di Massimino, al cui regno seguirà il turbolento periodo di quasi cinquan-

⁽⁸⁶⁾ Ivi, p. 67: « that fierce Parliamentary contest of the exclusion bill ».

⁽⁸⁷⁾ Per un inquadramento di questo periodo storico si rinvia ai lavori di: T. HARRIS, *Revolution. The Great Crisis of the British Monarchy, 1685-1720*, London, 2007; U. BRUSCHI, *Rivoluzioni silenziose. L'evoluzione costituzionale della Gran Bretagna tra la Glorious Revolution e il Great Reform Act*, Santarcangelo di Romagna, 2014.

⁽⁸⁸⁾ Ben si comprende, quindi, quanto, nell'incompiuta opera *Antiquities of the house of Brunswick*, Gibbon, proponendosi di trattare la genealogia degli Hannover, casa allora regnante sulla corona inglese, affermi: « An English subject may be prompted by a just and liberal curiosity to investigate the origin and story of the house of Brunswick; which, after alliance with the daughters of our Kings, has been called by the voice of a free people to the legal inheritance of the Crown » (GIBBON, *The English essays*, cit., p. 493). Si veda il commento di WOMERSLEY, *Gibbon and the Watchmen*, cit., pp. 186-187.

⁽⁸⁹⁾ La posizione di Gibbon è condivisa da Burke, che, nelle sue *Reflections on the Revolution in France*, afferma, con parole che molto si avvicinano a quelle dello storico, che la caduta di Giacomo II non è che « a small and temporary deviation from the strict order of a regular hereditary succession »; ed ancora, che l'elezione di Re Guglielmo è stata determinata da « an act of necessity » (E. BURKE, *Reflections on the Revolution in France*, London, 1968, pp. 101-102). Sulle concezioni costituzionali di Burke: J.G.A. POCOCK, *Burke and the Ancient Constitution. A problem in the history of ideas*, in ID., *Politics, Language and Time*, cit., pp. 202-232; L. LACCHE, *Edmund Burke e i dilemmi del costituzionalismo atlantico*, in « Giornale di storia costituzionale », 29 (2015), pp. 5-12; A. TORRE, *Edmund Burke nell'Inghilterra di Giorgio III: politica, costituzione e forma di governo*, ivi, pp. 13-48; M. LOUGHLIN, *Burke on Law, Revolution and Constitution*, ivi, pp. 49-60; M. GRIFFO, *Edmund Burke: costituzione mista e tradizione storica nell'Appeal from the New to the Old Whigs*, ivi, pp. 61-71; P. RONDINI, *Edmund Burke e la cultura giuridica inglese del tardo Settecento*, ivi, pp. 135-154.

t'anni anni in cui sono eletti imperatori i comandanti militari, si sofferma così sui vantaggi di una monarchia ereditaria:

Of the various forms of government which have prevailed in the world, an hereditary monarchy seems to present the fairest scope for ridicule. Is it possible to relate without an indignant smile, that, on the father's decease, the property of a nation, like that of a drove of oxen, descends to his infant son, as yet unknown to mankind and to himself; and that the bravest warriors and the wisest statesmen, relinquishing their natural right to empire, approach the royal cradle with bended knees and protestations of inviolable fidelity?...In the cool shade of retirement, we may easily devise imaginary forms of government, in which the sceptre shall be constantly bestowed on the most worthy, by the free and incorrupt suffrage of the whole community. Experience overturns these airy fabrics, and teaches us, that in a large society, the election of a monarch can never devolve to the wisest, or to the most numerous part of the people ⁽⁹⁰⁾.

Se in un primo momento, lo storico inglese manifesta un certo disappunto per la scelta di trasferire, alla morte del sovrano, il titolo ai suoi successori, proseguendo nell'analisi, invece, Gibbon fa trapelare la propria convinzione circa l'impossibilità di individuare il più adatto monarca, così come di lasciare tale scelta ad un'ampia parte della società ⁽⁹¹⁾.

Gibbon sa bene che le monarchie europee, con la decisione di istituire una corona ereditaria, hanno scampato i pericoli che i Romani, dopo l'istituzione del Principato, non sono riusciti ad evitare con l'adozione di un regime elettivo ⁽⁹²⁾. Ancora una volta, l'estremo realismo dello storico porta a considerare quanta instabilità derivi ad una nazione dalle vicende di successione al trono e

⁽⁹⁰⁾ GIBBON, *History*, cit., I, p. 167. Cfr. DICKINSON, *The politics of Edward Gibbon*, cit., p. 189.

⁽⁹¹⁾ Per Baridon (*Edward Gibbon et le mythe de Rome*, cit., p. 597), questo brano di Gibbon rinvierebbe al saggio di Hume, *That politics may be reduced into a science*.

⁽⁹²⁾ GIBBON, *History*, cit., I, p. 73: « In elective monarchies, the vacancy of the throne is a moment big with danger and mischief. The Roman emperors, desirous to spare the legions that interval of suspense, and the temptation of an irregular choice, invested their designed successor with so large a share of present power, as should enable him, after their decease, to assume the remainder, without suffering the empire to perceive the change of masters »; ivi, III, p. 121: « The princes who peaceably inherit the sceptre of their fathers, claim and enjoy a legal right, the more secure as it is absolutely distinct from the merits of their personal characters ».

quali siano le incontrollabili conseguenze qualora essa non sia regolata dal principio dell'ereditarietà. Per questo, il modello fornito dalle contemporanee monarchie europee non può che contrapporsi agli avvenimenti vissuti con l'anarchia militare, di cui il regno di Massimino rappresenta l'avvio:

The superior prerogative of birth, when it has obtained the sanction of time and popular opinion, is the plainest and least invidious of all distinctions among mankind. The acknowledged right extinguishes the hopes of faction, and the conscious security disarms the cruelty of the monarch. To the firm establishment of this idea we owe the peaceful succession and mild administration of European monarchies. To the defect of it we must attribute the frequent civil wars, through which an Asiatic despot is obliged to cut his way to the throne of his fathers. Yet, even in the East, the sphere of contention is usually limited to the princes of the reigning house, and as soon as the more fortunate competitor has removed his brethren by the sword and the bowstring, he no longer entertains any jealousy of his meaner subjects ⁽⁹³⁾.

Perché i grandi stati europei non diventino, come nel dispotismo orientale, il teatro di guerre civili, che fungono solo da scenario a inutili conflitti famigliari per ottenere una corona, non vi è quindi altra soluzione che affidarsi alla regola dell'ereditarietà del titolo.

5. *Militia versus standing army.*

Quando Blackstone compone i propri *Commentaries*, l'Inghilterra dispone di un esercito stabile. Esso era stato voluto da Cromwell durante la Guerra Civile e, dopo una breve soppressione, era stato nuovamente ripristinato da Re Giacomo II e, successivamente, da Re Guglielmo III. Blackstone mostra una chiara avversione verso questa istituzione: « in a land of liberty it is extremely dangerous to make a distinct order of the professional of arms » ⁽⁹⁴⁾. Egli, infatti, in linea con le posizioni dei *Tories*, è favorevole ad una milizia cittadina, così come fu per la prima volta stabilita, durante il regno di King Alfred.

⁽⁹³⁾ Ivi, I, p. 168.

⁽⁹⁴⁾ BLACKSTONE, *Commentaries*, cit., p. 395. Il passo è citato anche da S. SKINNER, *Blackstone's support for the militia*, in «The American Journal of Legal History», 44 (2001), p. 8.

Nelle lapidarie parole di Gibbon, con le quali viene sintetizzato il pensiero di Blackstone, si ritrovano non solo le ragioni storiche che hanno portato alla presenza di una formazione militare permanente, ma anche l'eco della forte opposizione ad essa nel dibattito politico contemporaneo. Nel corso della Guerra dei Sette Anni (1756-1763), l'Inghilterra, temendo un'invasione dell'isola da parte del nemico francese, si interrogò sulla necessità di ricostituire la *militia*, la forza militare composta dai cittadini ⁽⁹⁵⁾. Essa, secondo la discussione politica che culminò con il *Militia Act* del 1757, fu la vera risorsa per la difesa del paese, e non l'esercito professionale, visto con estremo sospetto per la vicinanza al potere esecutivo. La *standing army* era sentita come una continua minaccia e, a causa della sua origine, che rimontava a periodi non certo pacifici e per certi versi straordinari della storia inglese, questo atteggiamento di diffidenza era rimasto trasfuso nella legislazione, piuttosto restia ad inquadrate questa organismo quale istituzione costituzionale:

As to those standing armies which the ambition of some have rendered necessary to all: our laws consider them rather as temporary excrescencies than as natural parts of our constitution ⁽⁹⁶⁾.

Gibbon ⁽⁹⁷⁾, così come Blackstone ⁽⁹⁸⁾, ha ben presente, nella sua *History*, la differenza tra una forza armata formata da cittadini interessati alla sola difesa della propria comunità e una composta da soldati professionisti, o addirittura da mercenari. Dal 1759 al 1762, infatti, egli era stato chiamato a servire, come capitano, nella *Hampshire Militia*.

Nei capitoli introduttivi della *History*, egli dedica ampio spazio al tema dell'esercito romano, e il tratto distintivo di questa ricogni-

⁽⁹⁵⁾ Su questa centrale istituzione di età giorgiana: J.R. WESTERN, *English Militia in the Eighteenth Century. The Story of a Political Issue. 1660-1802*, London, 1965; M. McCORMACK, *Embodying the Militia in Georgian England*, Oxford, 2015. Su quest'ultimo libro, cfr. K. LINCHE, rec. a McCORMACK, *Embodying the Militia*, cit., in *Reviews in history*, disponibile al seguente link: <http://www.history.ac.uk/reviews/review/1933>.

⁽⁹⁶⁾ GIBBON, *The English essays*, cit., p. 81.

⁽⁹⁷⁾ J.F. GILLIAM, *Gibbon and the Roman army*, in *Gibbon et Rome a la lumière de l'historiographie moderne*, Genève, 1977, pp. 137-154. Notazioni sulla esperienza militare di Gibbon sono fornite da E. BADIAN, *Gibbon on war*, ivi, pp. 103-130.

⁽⁹⁸⁾ BLACKSTONE, *Commentaries*, cit., pp. 395-405.

zione sullo stato delle legioni romane è la continua identificazione tra il cittadino e il soldato. Per lo storico, che certamente intende richiamarsi alla storiografia antica e a quella umanistica, Machiavelli *in primis* ⁽⁹⁹⁾, la libera repubblica romana era difesa dai suoi stessi cittadini; l'essere soldato era una manifestazione della *virtus* dell'uomo romano, chiamato alla difesa del proprio focolare e della propria terra:

In the purer ages of the commonwealth, the use of arms was reserved for those ranks of citizens who had a country to love, a property to defend, and some share in enacting those laws, which it was their interest, as well as duty to maintain. But in proportion as the public freedom was lost in extent of conquest, war was gradually improved into an art, and degraded into a trade ⁽¹⁰⁰⁾.

Nell'esperienza repubblicana, la condizione di soldato romano e quella di *civis* coincidono sovente nella medesima figura. Quando a Roma si instaura il Principato non c'è più spazio per la virtù, perché le legioni devono ormai la loro fedeltà al principe:

That public virtue, which among the ancients was denominated patriotism, is derived from a strong sense of our own interest in the preservation and prosperity of the free government of which we are members. Such a sentiment, which had rendered the legions of the republic almost invincible, could make but a very feeble impression on the mercenary servants of a despotic prince; and it became necessary to supply that defect by other motives, of a different, but not less forcible nature: honour and religion ⁽¹⁰¹⁾.

L'attaccamento all'ideale del *civis miles* chiamato alle proprie virtù nel servizio militare non è solo, come si potrebbe pensare dai passi qui sopra riportati, una chiave interpretativa della storia romana, perché la preoccupazione che la milizia cittadina si trasformi

⁽⁹⁹⁾ POCOCK, *Gibbon as Civic Humanist*, cit., pp. 156-159.

⁽¹⁰⁰⁾ GIBBON, *History*, cit., I, p. 9. Per Pocock (*Gibbon as Civic Humanist*, cit., p. 158), il passo è « purely Machiavellian ». Si veda anche GIBBON, *History*, cit., I, p. 56: « This long peace, and the uniform government of the Romans, introduced a slow and secret poison into the vitals of the empire...They received laws and governors from the will of their sovereign, and trusted for their defence to a mercenary army ».

⁽¹⁰¹⁾ GIBBON, *History*, cit., I, p. 10.

in un corpo mercenario è maturata dall'esperienza di Gibbon come soldato ⁽¹⁰²⁾:

At a distance from their respective counties, these provincial corps were stationed, and removed, and encamped by the command of the Secretary of War; the officers and men were trained in the habits of subordination nor it is surprising that some regiments should have assumed the discipline and appearance of veteran troops. With the skill they soon imbibed the spirit of mercenaries, the character of a militia was lost; and, under specious name, the crown had acquired a second army more costly and less useful than the first ⁽¹⁰³⁾.

Il tono volutamente *ironic* di Gibbon, come ha acutamente osservato Craddock ⁽¹⁰⁴⁾, capovolge quella che doveva essere la realtà o meglio il pericolo che si vedeva ormai in atto. La *militia*, da corpo di cittadini costituito in difesa della propria patria, stava assumendo sempre più le sembianze di un esercito sottopagato e male addestrato.

Storico e giurista condividono la medesima visione di fondo sulla questione della presenza di una forza militare stabile sul suolo britannico. Ma, in Gibbon, non manca una presa di distanza da alcune considerazioni di Blackstone. Il giurista è infatti direttamente criticato a proposito dell'affermazione che il potere giurisdizionale sui militari della Corona si riduca in una condizione di abuso ed arbitrio sulle truppe:

Mr B laments the condition of the unhappy soldiers, the only slaves in a free country. But when in a modern institutions, the defence of nation is entrusted to the vilest part, such wild beasts must either tremble themselves; or else they will soon make their masters tremble ⁽¹⁰⁵⁾.

Gibbon riconosce che il reclutamento di un esercito professionale può solo rivolgersi alle classi più disagiate della popolazione, le quali sperano con l'arruolamento di ottenere le condizioni minime

⁽¹⁰²⁾ Da non dimenticare anche la celebre frase, contenuta nelle *Memoirs* (p. 117), in cui Gibbon afferma: « The Captain of the Hampshire grenadiers...has not been useless to the historian of the Roman Empire ». Il passo è ricordato in BADIAN, *Gibbon on war*, cit., p. 103.

⁽¹⁰³⁾ GIBBON, *Memoirs*, cit., p. 111.

⁽¹⁰⁴⁾ CRADDOCK, *Young Edward Gibbon*, cit., p. 144.

⁽¹⁰⁵⁾ GIBBON, *The English essays*, cit., p. 81.

di sopravvivenza. Proprio per l'estrazione di ceto non elevata di coloro che compongono le truppe, Gibbon richiede che l'autorità che ne ha il comando eserciti con forza il potere di disciplinamento.

Lo storico inglese manterrà questa convinzione anche nella *History*, senza dimenticare che, proprio prima di scrivere l'*abstract*, lui stesso aveva trascorso circa tre anni nella *Hampshire Militia*:

...the common soldiers, like the mercenary troops of modern Europe, were drawn from the meanest, and very frequently from the most profligate, of mankind ⁽¹⁰⁶⁾.

Le legioni romane non erano, nella sostanza, diverse dalla *British army*; la ferrea disciplina impartita dei centurioni e dai generali, la quale aveva permesso alle truppe di diventare lo strumento di affermazione di un impero, rievoca il comando tenuto dalla Corona britannica:

The centurions were authorized to chastise with blows, the generals had a right to punish with death; and it was an inflexible maxim of Roman discipline, that a good soldier should dread his officers far more than the enemy. From such laudable arts did the valour of the Imperial troops receive a degree of firmness and docility, unattainable by the impetuous and irregular passions of barbarians ⁽¹⁰⁷⁾.

La consapevolezza della necessità di una disciplina militare, in grado di tenere a freno i pericoli di un esercito senza controllo, emerge nel capitolo quinto della *History*, dove Gibbon descrive il troppo accondiscendente comportamento di Settimio Severo, che, pur essendo imperatore di pace e prosperità, sottovalutò le conseguenze del suo favore verso i soldati:

...Severus was reduced to relax the nerves of discipline. The vanity of his soldiers was flattered with the honor of wearing gold rings; their ease was indulged in the permission of living with their wives in the idleness of quarters. He increased their pay beyond the example of former times, and taught them to expect, and soon to claim, extraordinary donatives on every public occasion of danger or festivity. Elated by success, enervated by luxury, and raised above the level of subjects by their dangerous privileges,

⁽¹⁰⁶⁾ GIBBON, *History*, cit., I, p. 10.

⁽¹⁰⁷⁾ Ivi, I, p. 11; p. 153.

they soon became incapable of military fatigue, oppressive to the country, and impatient of a just subordination ⁽¹⁰⁸⁾.

L'imperatore ha dimenticato che i soldati non sono più cittadini animati dal patriottismo. L'esercito non è altro che l'unico strumento di potere del principe, anche del più virtuoso, il quale deve assicurarsi il suo favore e avere fermo controllo su di esso per mantenere il suo regno ⁽¹⁰⁹⁾.

6. *Un inaspettato allievo per Blackstone.*

Come si è avuto modo di vedere, l'*abstract* dei *Blackstone's Commentaries* di Gibbon rappresenta una chiave di lettura non solo per la sua intera opera, soprattutto della *History of decline and fall*, ma anche per la ricostruzione del suo pensiero politico.

Gibbon, esponente *Whig* ⁽¹¹⁰⁾, che nel giorno della sua elezione nella *House of Commons* si definisce « loyal to my king without servility, zealous for my country without faction, attached to the general welfare of Great Britain » ⁽¹¹¹⁾, finisce per avvicinarsi a Blackstone, « a Tory in his politics and a Whig in his historical sensibility » ⁽¹¹²⁾.

Lo storico inglese che, per vocazione culturale, aveva guardato al continente europeo ed al pensiero dei *philosophes* ⁽¹¹³⁾, non riesce

⁽¹⁰⁸⁾ Ivi, I, p. 122.

⁽¹⁰⁹⁾ Ivi, I, p. 78: « The military force was a blind and irresistible instrument of oppression ».

⁽¹¹⁰⁾ DICKINSON, *The politics of Edward Gibbon*, cit., p. 178.

⁽¹¹¹⁾ GIBBON, *The English essays*, cit., p. 26.

⁽¹¹²⁾ HALLIDAY, *Blackstone's King*, cit., p. 169. Confermano la prospettiva Tory adottata da Blackstone: R. WILLMAN, *The politics of Blackstone's Commentaries: Whig or Tory?*, in *Empire and Revolutions*, G.J. Schochet (ed.), Washington, 1993, pp. 279-302; LEMMINGS, *Introduction*, cit., p. XIX.

⁽¹¹³⁾ GIBBON, *Memoirs*, cit., p. 78: « I listened with more pleasure to the proposal of studying the law of nature and nations, which was taught in the academy of Lausanne by Mr. Vicat, a professor of some learning and reputation... Without being disgusted [by the pedantry] of Grotius, or [the prolixity] of Puffendorf, I studied in their writings the duties of a man, the rights of a Citizen, the theory of Justice (it is, also a theory), and the laws of peace and war, which have had some influence on the practise of modern Europe. My fatigues were alleviated by the good sense of their commentator

in fondo a rompere con le sue origini, condividendo quell'attaccamento alla propria patria sentita come l'unico vero rifugio della libertà. Questo tratto, squisitamente britannico, non viene meno nel momento in cui egli stende la *History*. In quest'ultima, nell'ampio racconto che procede dal Principato al Tardoantico, si percepisce la presenza delle riflessioni sulla politica inglese e della sistematica trattazione di Blackstone. La rovina della costituzione romana è il frutto del progressivo disequilibrio tra i diversi attori politici, che fanno saltare il complesso sistema di *checks and balances*, il solo che consente di evitare l'instaurarsi della tirannide. L'emarginazione del Senato, così come l'irrilevanza delle assemblee popolari, permettono la concentrazione di ogni tipo di potere nelle mani dell'imperatore, che diventa sovrano assoluto.

Blackstone si proponeva « to instruct those 'gentlemen' of considerable property who entered parliament and were the guardians of the English constitution, the makers, repealers, and interpreters of the laws »⁽¹¹⁴⁾. Blackstone immaginava di rivolgersi a giovani giuristi, eppure ebbe tra i propri lettori Edward Gibbon, che non può certo annoverarsi fra questo gruppo di destinatari.

Gibbon⁽¹¹⁵⁾ pare aver aderito all'invito di Blackstone che si era impegnato a dimostrare, nella *Introduction* al primo libro dei *Commentaries*, l'importanza dello studio delle leggi. Lo storico fa

Barbeyrac: Locke's treatise of Government instructed me in the knowledge of Whig principles, which are rather founded in reason than in experience; but my delight was in the frequent perusal of Montesquieu, whose energy of style and boldness of hypothesis were powerful to awaken and stimulate the Genius of the Age ».

(114) P. LUCAS, *Blackstone and the Reform of the legal profession*, in « English Historical Review », 77 (1962), pp. 484-485. L'efficacia didattica dei *Commentaries* è riconosciuta anche da M. Lobban (*The Common Law and English Jurisprudence. 1760-1850*, Oxford, 1991, p. 47): « The Commentaries were widely praised as the first systematic view of English law. However, when lawyers praised the work, they admired it more as an introduction to the law for student and gentlemen than as a complete and accurate statement of the law. The Commentaries were indeed widely perceived as being 'one of the best books for student to take for his foundation', and for that reason, Blackstone's method was lauded ».

(115) GIBBON, *Memoirs*, cit., p. 212 n. 21: « After my second return I gradually adopted the style and sentiments of an Englishman: it was in my power to act as magistrate; it might be my fortune to sit in Parliament: I investigated with some care the principles and history of the British constitution ».

sua l'idea che il sapere giuridico sia parte integrante del formazione culturale di un *English gentleman*; scrive infatti: « The laws of his country are the first science of an English man of rank and fortune, who is called to be a magistrate and may hope to be a legislator »⁽¹¹⁶⁾. Per un suddito inglese, questo impegno, verso la comprensione della costituzione rimanda alla convinzione del ruolo fondamentale giocato dalla legge nella creazione di una società libera. Chiunque intenda partecipare alla dimensione pubblica di un paese deve conoscere le leggi che lo regolano.

Blackstone pensava di formare i « future legislators of England »⁽¹¹⁷⁾, e nessuno può smentire che abbia realizzato la sua ambizione. A questo successo ne va aggiunto un altro: l'aver avuto fra i propri allievi il più grande storico inglese dell'antichità.

⁽¹¹⁶⁾ Ivi, p. 66.

⁽¹¹⁷⁾ LUCAS, *Blackstone and the Reform*, cit., p. 485.

RICARDO SONTAG

HISTÓRIA DE UMA
« SITUAÇÃO EXTRA-CONSTITUCIONAL »:
O BANIMENTO ENTRE DIREITO E
POLÍTICA NO BRASIL
(1824-1934) (*)

1. Uma pena excepcional: entre direito e política. — 2. O banimento entre 1824 e 1889: a ausência de cominação. — *Entr'acte*. — 3. O banimento entre 1889 e 1934: a diferença entre a modalidade judicial e a política. — 4. O indefinível perímetro da exceção.

1. *Uma pena excepcional: entre direito e política.*

Em meio às turbulências políticas da instauração da Primeira República (1889-1930) ocorrida em novembro de 1889, em 21 de dezembro do mesmo ano o decreto nº 78-A do governo provisório bania do território brasileiro o imperador deposto, D. Pedro II, e sua família ⁽¹⁾. Eis o episódio crucial para o fio da história que perseguiremos aqui.

(*) Pesquisa realizada com o apoio do Programa Institucional de Auxílio à Pesquisa de Docentes Recém-Contratados da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG, Brasil), edital 05/2016, e da FAPEMIG (edital demanda universal 001/2017). Agradeço a Leonardo Thebit pela colaboração na normalização das notas e referências.

⁽¹⁾ « Art. 1. É banido do território brasileiro o sr. D. Pedro de Alcântara, e com ele sua família ». Para uma síntese sobre a instauração da República com bastante ênfase no papel dos militares, cf. C. CASTRO, *A Proclamação da República*, Rio de Janeiro, Zahar, 2000. Para uma síntese que destaca o pano de fundo que preparou o terreno para a instauração da República para além dos círculos militares, cf. M. DE S. NEVES, *Os cenários da República. O Brasil na virada do século XIX para o século XX*, in *O Brasil Republicano — o tempo do liberalismo excludente — da Proclamação da República à Revolução de 1930 (livro 1)*, organizado por Jorge Ferreira e Lucília de Almeida Neves Delgado, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2013⁶ (especialmente pp. 27-34). Cf. ainda a famosa interpretação de J.M. DE CARVALHO, *Os bestializados: o Rio de Janeiro e a República que não foi*, São Paulo, Companhia das Letras, 1987 segundo a qual a instauração da

Uma punição que o velho código do Império (1824-1889), promulgado poucos anos depois da independência brasileira (7 de setembro de 1822) ⁽²⁾, em 1830, até chegou a prever na parte geral, mas não cominou a nenhum crime na parte especial. Não surpreende, portanto, que a historiografia que se ocupou das penas durante esse período praticamente não tenha se debruçado sobre o banimento ⁽³⁾. Ainda assim, nas poucas palavras que os juristas dedicaram ao assunto entre 1824 e 1889, é possível perscrutar alguns sentidos atribuídos a tal punição a fim de compreender o impacto produzido na cultura jurídica brasileira pelo episódio do banimento da família imperial em 1889. Trata-se de uma pena « boa »? Em caso negativo, existem exceções? Talvez para alguns crimes políticos? Uma simples análise da legislação — que se reduz a alguns poucos dispositivos — ou da história política do final da passagem do Império para a República não seria capaz de dar conta da dimensão

República espelhava um pecado original de todo o período subsequente (1889-1930): a falta de participação política das massas. Para uma crítica a algumas conclusões de Carvalho, especialmente no que diz respeito ao fato de a instauração ter sido um acontecimento inesperado, cf. M.T.C. DE MELLO, *A modernidade republicana*, in « Revista Tempo », *A nova 'velha' República*, 14 (jan 2009), 16. Carvalho também se ocupou das complicadas disputas em torno das narrativas da « proclamação » para a configuração do imaginário republicano em *A formação das almas: o imaginário da República no Brasil*, São Paulo, Companhia das Letras, 1990 (especialmente cap. « As proclamações da República »).

⁽²⁾ Na verdade, o 7 de setembro de 1822 não passa de um marco simbólico (e controverso). O processo de independência é muito mais complicado e vem recebendo as mais diversas interpretações pela historiografia. Para uma síntese da historiografia sobre o assunto, cf. W.P. COSTA, *A independência na historiografia brasileira*, in *Independência: história e historiografia*, organizado por I. Jancsó, São Paulo, Hucitec, 2005 (bem como os outros dois capítulos sobre as historiografias estrangeiras em torno do tema neste mesmo livro); J. MALERBA, *Esboço crítico da recente historiografia sobre a independência do Brasil (c. 1980-2002)*, in *A independência brasileira: novas dimensões*, Rio de Janeiro, FGV, 2006. Para uma síntese enfatizando o aspecto cultural da política (as festas e cerimoniais, por exemplo), cf. I.L.C. SOUZA, *A independência do Brasil*, Rio de Janeiro, Zahar, 2000.

⁽³⁾ Sobre as penas do código criminal brasileiro de 1830, peço licença para remeter a R. SONTAG, “*Curar todas as moléstias com um único medicamento*”: os juristas e a pena de prisão no Brasil (1830-1890), in « Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro », abr-jun 2016, 471, em que há, também, referência à bibliografia sobre o assunto na p. 46, nota 2.

jurídica do problema. O termo cultura jurídica, para os nossos fins, pretende indicar práticas e representações que se referem àquilo que em cada momento histórico é considerado jurídico. Dessa forma, é possível perceber como o nosso tema colocava em questão as próprias fronteiras entre o jurídico e o político.

Inscrever o caso da família imperial em uma história da pena de banimento nos permite enfatizar aspectos que a historiografia política — por dever de ofício concentrada na compreensão da queda do Império e consolidação da República ⁽⁴⁾ — não pôde aprofundar. O decreto de banimento é de 1889 e a Constituição de 1891 dispunha que « fica abolida a pena [...] de banimento judicial » (art. 72, §20). Estava colocado, assim, o problema da relação entre banimento e Constituição.

Com enfoque na tensa relação entre direito e política, trata-se de compreender como o banimento se inseria na cultura jurídica brasileira entre os séculos XIX e XX. Nesse sentido, o adjetivo ‘judicial’ que aparece na Constituição de 1891 não foi inócuo. Para chegar nesse momento, vale a pena retroceder um pouco e avaliar, principalmente, os textos dos comentários ao dispositivo do código criminal de 1830 que previa o banimento, para então chegarmos aos comentaristas do código de 1890 (que chegou a prever tal pena para um crime político ⁽⁵⁾) e da Constituição de 1891, e, principalmente, aos documentos relativos aos questionamentos judiciais em torno do

(4) Sobre o banimento no âmbito da história política, cf. a boa síntese L.P. FAGUNDES, *Banimento da família imperial* [verbetes], in *Dicionário histórico-biográfico da Primeira República*, coordenado por Alzira A. de Abreu, Rio de Janeiro, CPDOC, 2015 e, da mesma autora, com uma ênfase em história da cultura política, um interessante trabalho sobre a conexão entre a revogação do decreto de banimento e a memória do período imperial como componente da construção da identidade política republicana, já que, ao mesmo tempo, discutia-se o traslado dos despojos de D. Pedro II e de Thereza Christina de volta para o Brasil: L.P. FAGUNDES, *As ‘batalhas’ no Congresso Nacional em prol da revogação do banimento da família imperial e do traslado dos despojos de D. Pedro II e Thereza Christina para o Brasil (1891-1920)*, in *XXVII Simpósio Nacional de História: conhecimento histórico e diálogo social*, Natal-RN, 22-26 de julho de 2013.

(5) Pelo pouquíssimo tempo que tal pena figurou no código penal de 1890, não surpreende que a historiografia não tenha se debruçado sobre ela. De qualquer forma, sobre a questão dos crimes políticos, em geral, na Primeira República (1889-1930), cf. R.R. SIROTTI, *Os crimes políticos na doutrina penal brasileira da Primeira República (1889-1930)*, in « Revista Brasileira de Ciências Criminais », 131 (mai 2017).

decreto de banimento da família imperial, que não seguiremos exatamente como um estudo de caso, mas simplesmente como um momento privilegiado em que determinadas formulações acerca do banimento foram suscitadas na cultura jurídica brasileira.

2. *O banimento entre 1824 e 1889: a ausência de cominação.*

A partir do final do século XVIII, as penas prisionais ganhavam mais adeptos em detrimento das várias penas características do Antigo Regime (entre elas, as que afastavam o indivíduo do lugar do delito) ⁽⁶⁾, tendo em vista que, aparentemente, o cárcere adaptava-se muito melhor aos fins efetivamente disciplinadores que as novas concepções atribuíam ao direito penal ⁽⁷⁾. Porém, o carcerocentrismo — isto é, a hegemonia do cárcere no sistema penal, para além da simples admissão dele como uma boa punição — só se afirmaria lentamente ao longo do século XIX, uma vez que outras características da prisão ainda tinham dificuldade em se adaptar aos padrões clássicos de pena do iluminismo: refiro-me, em particular, à multiplicidade e visibilidade exigida pelo critério da analogia entre o fato criminoso e a resposta penal para a produção do seu efeito intimidador ⁽⁸⁾.

⁽⁶⁾ Cf. tal multiplicidade de penas no direito português do Antigo Regime (válido, também, para a colônia brasileira, ainda que com adaptações) na síntese de A.M. HESPAÑHA, *Como os juristas viam o mundo. 1550-1750. Direitos, estados, pessoas, coisas, contratos, ações e crimes*, Amazon Kindle Books, 2015 (especialmente pp. 629-630 e seguintes).

⁽⁷⁾ Sobre a diferença entre um direito penal efetivamente disciplinador e as concepções mais antigas, típicas das monarquias corporativas do Antigo Regime, em que a eficiência não é o principal objetivo das normas penais, cf. por todos A.M. HESPAÑHA, *Da Iustitia à disciplina: textos, poder e política penal no antigo regime*, in *Justiça e litigiosidade: História e prospectiva*, organizado por A.M. Hespanha, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. Para uma análise da transição entre esses dois modelos no caso brasileiro, cf. A. WEHLING, M.J. WEHLING, *Direito e Justiça no Brasil Colonial. O Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808)*, Rio de Janeiro, Renovar, 2004, p. 545 e ss.

⁽⁸⁾ Sobre a diferença entre a teoria da pena clássica iluminista (a «pena-representação») e o carcerocentrismo, parece-me possível concordar com a abordagem foucaultiana (cf. M. FOUCAULT, *Vigiar e Punir: Nascimento da prisão*, tradução de Lígia M. Pondé Vassallo, Petrópolis, Vozes, 1991, pp. 94-95 e 102; Id., *A sociedade punitiva*,

A constituição imperial de 1824 previa, em seu artigo 7º, inciso III, que aquele que cometesse um crime e que tivesse como sentença condenatória o banimento não teria mais os direitos de cidadão brasileiro ⁽⁹⁾. O código criminal de 1830 regulou o banimento no art. 50 da parte geral — « [a] pena de banimento privará para sempre os réos dos direitos de cidadão brasileiro, e os inibirá perpetuamente de habitar o território do Imperio » e no parágrafo único dizia que « [o]s banidos, que voltarem ao território do Imperio, serão condemnados á prisão perpetua » — mas o código não cominou tal pena para nenhum crime da parte especial. Teria sido um esquecimento, como especulou António Herculano de Souza Bandeira Filho? ⁽¹⁰⁾ Simples obséquio do legislador ordinário ao fato de a constituição mencionar o banimento, como sugeriu Thomaz Alves Júnior? ⁽¹¹⁾ Se fosse um mero obséquio do código à constituição, porém, ainda não teríamos uma explicação para a incoerência entre a previsão na parte geral e a ausência na parte especial. Mesmo que não nos sirva de explicação para a incoerência, Manoel Dias de Toledo esboçou uma tentativa de compreender as razões da ausência do banimento na parte especial:

[o] Código tratou de definir o que seja o banimento; mas, quando marcou as penas na theoria especial, não fez menção d'elle; porque no tempo da confecção do Código, a opposição ao governo de D. Pedro I estava em maioria: haviam muitas sociedades secretas: conspiravam-se abertamente, e

tradução de Ivone C. Benedetti, São Paulo, Martins Fontes, 2015, pp. 57-67; ID., *La poussière et la nuage*, in ID., *Dits et écrits*, vol. IV, Paris, Gallimard, 1994, p. 11). Por outro lado, um dos pontos obscuros da abordagem de Foucault é a pouca preocupação em mostrar como um autor como Jeremy Bentham se esforçava por enquadrar a pena carcerária nos critérios da teoria clássica iluminista. Sobre esse tema, peço licença para remeter ao que já pude escrever em R. SONTAG, *Lei penal e exemplaridade econômica: a execução das penas como extensão dos enunciados legislativos em Jeremy Bentham*, in *Iluminismo e Direito Penal*, organizado por Arno Dal Ri Júnior, Alexander Rodrigues de Castro, Alexandre Ribas de Paulo, Ricardo Sontag, Florianópolis, Boiteux, 2008.

⁽⁹⁾ « Art. 7. Perde os Direitos de Cidadão Brasileiro [...] III. O que for banido por Sentença ».

⁽¹⁰⁾ A. H. DE S. BANDEIRA FILHO, *A questão penitenciária no Brazil*, in « O Direito: revista mensal de legislação, doutrina e jurisprudência », mai-ago, 25 (1881), p. 36, nota 1.

⁽¹¹⁾ T. ALVEZ JÚNIOR, *Anotações theoreticas e praticas ao codigo criminal*, Rio de Janeiro, Francisco Luiz Pinto, 1864, Tomo I, p. 548.

os colaboradores do Código recebiam que viessem elles mesmos á ser victimas dessa pena perpetua, que priva para sempre dos direitos de cidadão brasileiro, no que houve uma louvavel prudencia, por quanto o governo com esta arma terrivel, podia, influindo nos julgamentos, privar-nos dos distinctos patriotas, que depois prestaram relevantes serviços ao Brazil ⁽¹²⁾.

Infelizmente, as fontes são pouco conclusivas a esse respeito. Mesmo a historiografia que já se debruçou detalhadamente sobre a documentação relativa à feitura do código criminal de 1830, não pôde fazer mais do que repetir essa perplexidade ⁽¹³⁾. O máximo que essas fontes nos permitiram enxergar até agora é que a previsão do banimento sofreu variações nos projetos de código entre 1826 e a versão final de 1830. Nos projetos de Clemente Pereira e de Bernardo Pereira de Vasconcellos, o banimento chegou a ser chamado de «desnaturalização»; chegou a ser formulado em duas modalidades, perpétua e temporária; os seus dois efeitos (perda da nacionalidade e afastamento do território) chegaram a ser cindidos; e, principalmente, ele chegou a ser previsto para alguns crimes políticos ⁽¹⁴⁾. Como já vimos, a versão final do código de 1830 só manteve o banimento na modalidade perpétua sem cominá-lo a nenhum crime, mas teremos que deixar em suspenso a explicação

⁽¹²⁾ M.D. DE TOLEDO, *Lições acadêmicas sobre artigos do código criminal*, Rio de Janeiro, Garnier, 1878, p. 574.

⁽¹³⁾ V.C. COSTA, *Codificação e formação do Estado-nacional brasileiro: o código criminal de 1830 e a positivação das leis no pós-independência*, 361 f. Dissertação (Mestrado em Filosofia), São Paulo, Universidade de São Paulo, 2013, p. 204, nota 381.

⁽¹⁴⁾ Sobre tais variações nos referidos projetos, cf. BRASIL, *Annaes do Parlamento Brasileiro*, Rio de Janeiro, Typographia do Imperial Instituto Artístico, 1874, Câmara dos Srs. Deputados, Primeiro anno da primeira legislatura, Sessão de 1826, Tomo II, pp. 17; BRASIL, *Projecto do Código Criminal Apresentado em sessão de 4 de maio de 1827 pelo deputado Bernardo Pereira de Vasconcellos*, in Id., *Annaes do Parlamento Brasileiro*, Rio de Janeiro, Typographia de H. J. Pinto, 1877, Câmara dos Srs. Deputados, Quarto anno da primeira legislatura, Sessão de 1829, Colligidos por Antonio Pereira Pinto, Tomo V, p. 98, col. 2 e pp. 108-109; M.P. MACÁRIO, *José Clemente Pereira e o debate jurídico do Império (1830-1850)*, 90 f. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Teoria Geral do Direito), São Paulo, Universidade de São Paulo, 2011, pp. 64, nota 121; COSTA, *Codificação*, cit., p. 118, nota 229 e p. 121.

dessa mudança em função do silêncio dos debates parlamentares ⁽¹⁵⁾.

Para os nossos fins, basta reiterar que o código de 1830, em geral, privilegiou as penas carcerárias em detrimento das penas que envolviam afastamento do condenado de determinado lugar, tendência que se aprofundará no código penal de 1890. Tal preferência pelas penas prisionais no código de 1830 já vem sendo apontada pela historiografia ⁽¹⁶⁾, mas ainda não estávamos no carcerocentrismo do código penal de 1890 ⁽¹⁷⁾. Dentre as outras penas previstas no código criminal de 1830 — e que ainda eram importantes —, basta lembrarmos de duas: o desterro, que, de acordo com o seu art. 52, obrigava o condenado a sair « dos lugares do delicto, da sua principal residencia, e da principal residencia do offendido » por determinado período ⁽¹⁸⁾; e o degredo (art. 51), que modifican o condenado a « residir no lugar destinado » e pelo tempo determinado na sentença ⁽¹⁹⁾. Em ambos os casos, os condenados eram privados, durante o período em que durasse o efeito da pena, do

⁽¹⁵⁾ Zahidé Machado Neto elenca uma série de razões para o banimento ter aparecido no código de 1830 sem ter sido cominado a nenhum crime. A primeira delas é a « harmonia » entre a constituição e o código. Depois, ela observa uma tendência, nos debates parlamentares, em evitar uma « solução drástica, definitiva, como o banimento », « e é de se acreditar que tal tendência tenha nascido não só da convicção da maior eficácia de penas como a prisão, pelo sentido, por assim dizer, pedagógico de advertência, de exemplo; mas também da necessidade de preservar para todos o bem da nacionalidade ». A preferência por outras penas menos drásticas, porém, ainda não explica a incoerência entre a parte geral e a parte especial do código de 1830. Z.M. NETO, *Direito penal e estrutura social (comentário sociológico ao código criminal de 1830)*, São Paulo, Saraiva, EdUSP, 1977, pp. 82-83.

⁽¹⁶⁾ Cf. *ibid.*, e, por último, a dissertação de COSTA, *Codificação*, cit.

⁽¹⁷⁾ Para essa diferenciação entre os momentos do código de 1830 e de 1890, peço licença para remeter a SONTAG, «*Curar*», cit.

⁽¹⁸⁾ « Art. 52. A pena de desterro, quando outra declaração não houver, obrigará os réos a sahir dos termos dos lugares do delicto, da sua principal residencia, e da principal residencia do offendido, e a não entrar em algum delles, durante o tempo marcado na sentença ».

⁽¹⁹⁾ « Art. 51. A pena de degredo obrigará os réos a residir no lugar destinado pela sentença, sem poderem sahir delle, durante o tempo, que a mesma lhes marcar. A sentença nunca destinará para degredo lugar, que se comprehenda dentro da comarca, em que morar o offendido ».

exercício de seus direitos políticos ⁽²⁰⁾. Além disso, caso descumprissem a sentença, teriam suas penas aumentadas em um terço ⁽²¹⁾.

Fazendo uma comparação entre desterro, degredo e banimento no código de 1830, a primeira e principal diferença entre eles diz respeito ao fato de que, enquanto o desterro e o degredo permitiam que o réu se mantivesse em território brasileiro (embora em local diferente do domicílio da vítima), o banimento obrigava que o condenado se retirasse do país. Além disso, o descumprimento da sentença imposta acarretaria aos degredados e desterrados apenas o aumento da pena, enquanto para os banidos seria decretada a prisão perpétua.

A presença do banimento na parte geral do código criminal de 1830 e na Constituição de 1824 é indicativa de que a possibilidade de instauração dessa pena com alguma lei posterior continuava no horizonte ⁽²²⁾. O Regulamento n. 120 de 1842 — emanado para especificar a Lei n. 261 de 3 de dezembro de 1841 que modificou o código de processo criminal de 1832 ⁽²³⁾ — determinava explicitamente os procedimentos a cargo do juiz municipal para a execução de eventual sentença de banimento ⁽²⁴⁾. Apesar do Regulamento n.

⁽²⁰⁾ « Art. 53. Os condenados á galés, á prisão com trabalho, á prisão simples, a degredo ou a desterro, ficam privados do exercicio dos direitos politicos de cidadão brasileiro, enquanto durarem os efeitos da condemnação ».

⁽²¹⁾ « Art. 54. Os condemnados á galés, á prisão com trabalho, ou á prisão simples, que fugirem das prisões; os degradados, que sahirem do lugar do degredo, e os desterrados, que entrarem no lugar, de que tiverem sido desterrados, antes de satisfeita a pena, serão condemnados na terça parte mais do tempo da primeira condemnação ».

⁽²²⁾ Essa foi, inclusive, a opinião expressada pelo jurista João Vieira de Araújo em 1897: « [o] Cod. Crim. anterior [referindo-se ao de 1830, pois em 1897 já estávamos sob o código de 1890] definiu [...] o banimento, mas não o applicou a crime algum, parecendo deixar assim á alguma lei especial que o fizesse ». J.V. de ARAÚJO, *Codigo penal commentado theorica e praticamente*, Rio de Janeiro, Lammert, 1897. Tomo II, p. 246.

⁽²³⁾ Para uma boa síntese sobre os três momentos principais de transformação da justiça criminal no Império — a de 1832, a mais conservadora de 1841 e a de 1871 — cf. o verbete « Justiça » do « Dicionário do Brasil Imperial ». K. GRINBERG, *Justiça [verbetes]*, in *Dicionário do Brasil Imperial (1822-1889)*, organizado por Ronaldo Vainfas, Rio de Janeiro, Objetiva, 2002.

⁽²⁴⁾ « Art. 415. Se a pena fôr de banimento, o Juiz Municipal fará intimar o réo, para que, no prazo que lhe assignar, se aprompte para sahir do Imperio. Se o mesmo réo estiver em porto de mar, ou em alguma Cidade ou Villa da fronteira, o Juiz Municipal o fará embarcar, ou sahir do territorio do Brasil; sendo acompanhado até o embarque,

120 de 1842, o banimento não chegou a ser cominado por lei a nenhum crime durante todo o período imperial.

Segundo um dos mais importantes comentaristas da constituição de 1824, José Antônio Pimenta Bueno,

[a] pena de banimento não pode ser imposta senão em virtude de lei e de uma sentença; a lei não a comina senão em casos excepcionais e de natureza tal, que a reclamam como única apropriada; nossa legislação não tem mesmo feito ainda aplicação sistemática desta punição, cujo uso no entretanto reconhece que pode ser empregado ⁽²⁵⁾.

« Em virtude de lei e de uma sentença »: afirmação singela, mas só aparentemente óbvia, como veremos. A menção à possibilidade de futura cominação do banimento a algum crime é mais um indício de que essa razão talvez explique melhor a incoerência entre a parte geral e a parte especial do código de 1830 do que o mero esquecimento. « Casos excepcionais »: em alguns textos de direito penal brasileiros do período imperial, é possível encontrar indicações de quais excepcionalidades poderiam ser essas em eventual lei futura.

Em um dos primeiros comentários ao código criminal de 1830, no reverso dos elogios à pena de prisão — « a pena por excellencia nas sociedades civilizadas » ⁽²⁶⁾ —, encontramos as críticas ao banimento (e ao desterro): « [c]omparando as vantagens d'esta pena com os seus inconvenientes, achamos que estes são muito superiores áquelles » ⁽²⁷⁾. Mesmo o tão louvado iluminista Cesare Beccaria

ou até os limites do Imperio, por Official de Justiça, o qual então lhe comunicará a pena de prisão perpetua, imposta pelo art. 50 do Codigo Criminal, no caso de voltar; do que passará certidão para ser junta aos autos » e « [a]rt. 416. Quando o réo não estiver em porto de mar, nem em Cidade, ou Villa limitrophe, o Juiz Municipal executor o remetterá com carta de guia ao Juiz Municipal do porto de mar, Cidade ou Villa limitrophe, que lhe ficar mais perto, ou mais facil; e este, cumprindo a carta de guia, o fará embarcar ou sahir dos limites do territorio do Brasil, na fórma do artigo antecedente, e remetterá a certidão para se ajuntar aos autos ».

⁽²⁵⁾ J.A.P. BUENO, *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império* [1857], Brasília, Ed. Universidade de Brasília, 1978.

⁽²⁶⁾ J.M.F. DE S. PINTO, B.A. AZAMBUJA, *O código criminal explicado ou analyse juridica e philosophica da carta de lei de 16 de dezembro de 1830*, Rio de Janeiro, Typographia De Guettler, 1832, Parte Primeira, p. 280.

⁽²⁷⁾ *Ibid.*, p. 289.

acabou sendo criticado por admitir em vários casos esse tipo de punição ⁽²⁸⁾. Crítica que não foi isolada: é possível reencontrá-la na importante coletânea de aulas proferidas por Manoel Dias Toledo ⁽²⁹⁾ sobre o código criminal de 1830. Além disso, no caso específico do banimento — que envolve expelir o criminoso para outro país — ele seria um desrespeito aos « princípios do Direito das Gentes » ⁽³⁰⁾, pois constrangeria outros Estados a receberem criminosos em seu território. Mas havia uma exceção: o banimento poderia ser admitido para crimes que envolvessem « ambição política » ⁽³¹⁾.

« Ambição política ». A respeito da viabilidade da cominação do banimento para crimes políticos, os juristas brasileiros divergiam.

Alguns, como Thomaz Alves Júnior ⁽³²⁾ e Cunha Azevedo ⁽³³⁾, insistiam que tal pena não deveria ser utilizada nem mesmo para os criminosos políticos. « O banimento para o rico não he huma pena efficaz; porque os recursos da riqueza tirão ao mal da pena as proporções necessarias com hum delicto », dizia Cunha Azevedo ⁽³⁴⁾. E refutando a opinião contrária no que diz respeito à excepcionalidade dos crimes políticos, ele insistia na indesejável natureza de pura vingança política do banimento:

[a]lguns autores pretendem que o banimento pode ser legitimamente aplicado nas grandes conjuncturas politicas como huma pena excepcional e extraordinaria. Nós facilmente conviriamos com estes autores, se a politica fosse sempre moral, e a moral nunca politica; mas quando a moral se tem feito huma sciencia positiva e peculiar de cada hum dos Estados em apoio da politica que a cada hum convem adoptar, e a politica huma sordida especulação de commando e de fortuna, e hum systema de corromper, e degradar as virtudes mais heroicas e civilisadoras da especie no interesse, único interesse, de huns poucos velhacos, que usufruem as nações, como os particulares o seu patrimonio, o banimento não pode deixar de ser hum acto

⁽²⁸⁾ *Ibid.*, pp. 291-292.

⁽²⁹⁾ TOLEDO, *Lições acadêmicas*, cit., p. 575.

⁽³⁰⁾ *Ibid.*, p. 290.

⁽³¹⁾ *Ibid.*, p. 289.

⁽³²⁾ ALVES JÚNIOR, *Anotações*, cit., pp. 548-549.

⁽³³⁾ M.M. da C. AZEVEDO, *Código Penal do Imperio do Brasil, com observações sobre alguns de seus artigos*, Recife, Typographia commercial de Meira Henriques, 1851, pp. 298-299.

⁽³⁴⁾ *Ibid.*, p. 298.

de espólio, de vingança e de violência, ainda mesmo que seja judiciariamente imposto ⁽³⁵⁾.

Já Manoel Dias de Toledo ⁽³⁶⁾ e José da Silva Costa ⁽³⁷⁾ criticavam o uso das penas carcerárias e dos trabalhos forçados (galés) para criminosos políticos. Estava em jogo, especialmente no caso de Toledo, a imagem liberal do criminoso político altruísta, que se equivocava, mas que não era « perverso » ⁽³⁸⁾:

[u]m criminoso político, que nunca tem a perversidade de um assassino, e que muitas vezes é levado ao crime por ideias generosas e sentimentos nobres, confundido com os maiores malvados e obrigado a trabalhar de *commum* com elles! [...] os chefes deviam ser banidos, deportados [assim como a França procedeu com Napoleão, indica explicitamente Toledo]; porém encerra-los com os malfeitores e obriga-los a trabalhar, é desconhecer toda a *theoria* da penalidade, confundir moralidades mui diversas ⁽³⁹⁾.

José da Silva Costa ⁽⁴⁰⁾, por sua vez, no seu artigo sobre o crime de rebelião (art. 110 do código de 1830), criticava expressamente a previsão da prisão perpétua para os « cabeças » desse crime e defendia que a pena de banimento seria mais adequada. A propósito, mais tarde reencontraremos o advogado José da Silva Costa em uma situação envolvendo essa pena.

Aparentemente, todo o debate está dentro dos marcos da legalidade em seu sentido moderno: não havia proibição constitucional contra o banimento (antes pelo contrário); alguns achavam que o banimento deveria vir a ser cominado para algum crime de natureza política particularmente grave; como o código criminal de

⁽³⁵⁾ *Ibid.*, p. 299.

⁽³⁶⁾ TOLEDO, *Lições acadêmicas*, cit., pp. 568 e 574.

⁽³⁷⁾ J. DA S. COSTA, *Como tem lugar o crime de rebelião? — Até que ponto conserva elle esse nome? — O que são cabeças? — Porque não comprehendeu o legislador nos fins deste crime os arts. 93 a 97? — Propriedade da pena applicada ou determinada para este crime*, in « O Direito: revista mensal de legislação, doutrina e jurisprudência », mai-ago, 10 (1876), p. 19.

⁽³⁸⁾ Sobre as diferentes imagens do criminoso político no âmbito dos diferentes paradigmas de crime político entre os séculos XIX e XX, cf. o importante livro de F. COLAO, *Il delitto politico tra Otto e Novecento: da "delitto fittizio" a "nemico dello Stato"*, Milano, Giuffrè, 1986.

⁽³⁹⁾ TOLEDO, *Lições acadêmicas*, cit., pp. 568-569.

⁽⁴⁰⁾ COSTA, *Como tem lugar o crime de rebelião?*, cit., p. 19.

1830 não o fez, não seria plausível a aplicação de tal pena nos marcos do direito vigente.

O recurso de graça, previsto na Constituição de 1824, permitia ao poder moderador, representado pelo imperador, comutar ou perdoar penas (art. 101, VIII). Juristas como Joaquim Rodrigues de Sousa e António Herculano de Souza Bandeira Filho, então, levantaram a hipótese da aplicabilidade do banimento como substituto de alguma pena mais grave através da graça ⁽⁴¹⁾. Na opinião de Bandeira Filho ⁽⁴²⁾, o imperador só poderia comutar uma pena por outra já prevista na legislação. Além disso,

a pena de banimento, em geral e pela especialidade dos seus efeitos, parece só dever ser applicada aos crimes políticos, quando assim o dictarem razões de ordem publica, e foi precisamente este o motivo pelo qual o nosso Codigo, consignando-a no capitulo das penas, não a impoz entretanto a crime nenhum, deixando sem duvida ao Poder Moderador [através da graça] a livre apreciação dos casos em que de preferencia ella devesse ser applicada ⁽⁴³⁾.

No entanto, parece que tal expediente não foi utilizado. A conclusão de Bandeira Filho até foi inspirada em um caso, mas tratava-se, tecnicamente, de uma aproximação, já que somente um dos efeitos do banimento (o afastamento do país) foi aplicado pela

⁽⁴¹⁾ Sousa, mesmo reiterando a legalidade/judicialidade do banimento, afirmava que « [p]óde o cidadão vir a ser tão indigno e infenso ao paiz, que seja preciso banil-o, da mesma sorte que o corpo humano amputa-se um membro podre; pelo que é sempre infamante a pena de banimento. O Cod. Cri., não tendo declarado em que crime ha de ella executar-se, parece que só è possível verificar-se por commutação da pena de morte, ou galés perpetuas em consequencia de crime politico, em virtude da attribuição que ao Poder Moderador compete pelo art. 101 § 8º . Nem o governo, como defensor da sociedade, nem mesmo a assembléa geral, como representante d'ella, pôdem privar o brasileiro, por meio de banimento, de seus direitos de cidadão; e em garantia dos mesmos só realisa-se esta perda por sentença judicial na forma dita » J.R. DE SOUSA, *Analyse e Commentario da Constituição Politica do Imperio do Brazil*, São Luiz do Maranhão, Typ. B. De Mattos, 1867, p. 52. Definir o lugar do banimento em uma escala de penas de natureza distinta não é uma tarefa fácil, por isso não é de se estranhar que Bandeira Filho tivesse uma opinião diferente: segundo ele, mesmo a pena de prisão poderia ser comutada pelo banimento. A.H. DE S. BANDEIRA FILHO, *O recurso de graça segundo a legislação brasileira*, Rio de Janeiro, Typografia Imperial Instituto Artístico, 1878, pp. 79-91.

⁽⁴²⁾ BANDEIRA FILHO, *O recurso de graça*, cit., pp. 79-80.

⁽⁴³⁾ *Ibid.*, p. 80.

comutação, pois tratava-se de um estrangeiro (logo, não havia que se falar em privação dos direitos de cidadão brasileiro) (44). Digo que se tratava de uma aproximação porque as palavras do art. 50 do código criminal de 1830 eram claras quanto à possibilidade de ser apenado com o banimento somente o cidadão brasileiro. Da mesma

(44) « Outra ponderação ainda vem robustecer a intelligencia que demos ao systema do Codigo, e ella nos é fornecida por um importante precedente. O aviso n. 501 de 2 de Setembro de 1833 refere o facto de ter o Poder Moderador por Dec. de 22 de Agosto do mesmo anno commutado em banimento a pena de prisão imposta a um subdito portuguez, por assim o haver pedido; donde se conclue que, comquanto o Codigo declare que aquella pena faz perder os direitos de cidadão brasileiro, todavia pôde ser applicada aos estrangeiros, subsistindo quanto a elles o outro effeito que é a retirada do Imperio com inhição perpetua de voltarem ao seo territorio » (*ibid.*, pp. 80-81). O caso envolvia o « subdito portuguez » Bartholomeu Bazílio, que acabou ganhando em complexidade porque o réu foi agraciado e, depois, ainda interpôs recurso de revista junto ao Superior Tribunal de Justiça. Por essa razão foi expedido o aviso — que utiliza, efetivamente, a palavra banimento — mencionado por Bandeira Filho que objetivava esclarecer a execução do decreto de comutação: Bazílio poderia aguardar o resultado do recurso em território brasileiro, e, se a decisão não lhe fosse favorável, poderia se beneficiar da graça previamente concedida para retornar à Portugal (BRASIL, *Collecção das decisões do governo do Imperio do Brasil 1833*, Rio de Janeiro, Typographia Nacional, 1873, pp. 347-348). Outro caso semelhante é do Barão de Bulow, que teria sido um dos líderes do movimento de 17 de abril de 1833 com cerca de 250 a 400 pessoas (o que não era pouco para a época) no Rio de Janeiro, de tendência caramuru, e que terminou com vários mortos, feridos e uma sentença de 10 anos de prisão com trabalho para o dito Barão de Bulow por incurso no art. 87 do Código Criminal de 1830 (« [t]entar directamente, e por factos, destronizar o Imperador; prival-o em todo, ou em parte da sua autoridade constitucional; ou alterar a ordem legitima da successão »): M. BASILE, *Revoltas regenciais na Corte: o movimento de 17 de abril de 1832*, in « Anos 90: revista do programa de pós-graduação em História da UFRGS », 11 (jan-dez 2004), 19/20. Do pouco que se sabe acerca do obscuro personagem do Barão de Bulow, nascera em Hanover e depois naturalizou-se espanhol. Também nesse caso vemos o uso do termo banimento por aproximação: em 29 de abril de 1834, o Conselho de Estado discutiu o pedido de comutação da pena de prisão que lhe fora imposta pela de banimento. Os conselheiros opinaram que o condenado « não merecia a graça pedida, porquanto banir do Império a um estrangeiro preso por tão grave crime, era o mesmo que permitir-lhe voltar para o seu país sem sofrimento de pena, e dando mau exemplo a outros estrangeiros, quando fossem convidados para semelhantes crimes » (*Atas do Conselho de Estado: segundo Conselho de Estado 1822-1834*, J.H. Rodrigues (org.), [s/d], p. 146). Porém, pelo que consta na historiografia sobre o movimento de 17 de abril, o Poder Moderador acabou comutando a pena (BASILE, *Revoltas Regenciais*, cit., p. 266).

forma, o « Vocabulário Jurídico » do famoso Teixeira de Freitas ⁽⁴⁵⁾ precisava a distinção entre deportação (aplicável ao estrangeiro) e banimento (aplicável ao brasileiro), porém, não era incomum nesse período — especialmente nos debates parlamentares — o uso indiferenciado dessas palavras. Provavelmente colaborou para tanto a ausência de legislação específica sobre deportação no período imperial ⁽⁴⁶⁾, o que só viria a acontecer já no período republicano sob o nome de expulsão ⁽⁴⁷⁾.

⁽⁴⁵⁾ A.T. DE FREITAS, *Vocabulário Jurídico*, Rio de Janeiro, Garnier, 1883, p. 48 e p. 24.

⁽⁴⁶⁾ A primeira tentativa — malograda — de regulamentação da deportação de estrangeiros no Brasil independente aconteceu por iniciativa do deputado Joaquim Manuel Carneiro da Cunha em 7 de maio de 1831. O projeto e a sua justificativa acenavam para questões — declinadas, talvez, de maneira um tanto diferente — que se tornariam prementes no contexto de urbanização e incremento da imigração entre o final do século XIX e primeira década do século XX. Nos « *Annaes do Parlamento* » lemos que o « Sr. Carneiro da Cunha apresentou [um projeto] para que se autorisasse o governo a fazer sahir para fóra do imperio a todo o estrangeiro vadio, que por sua má conducta offendesse a moral e tranquillidade publica ». Na justificativa, o deputado sublinhou que o (suposto) alto índice de roubos no Rio de Janeiro praticados por estrangeiros era « consequência necessaria da systematica emigração que o governo transacto promovera para escravisar a nação, fazendo vir das cadêas da Europa faccinosos » (um conhecido estereótipo sobre a colonização do Brasil no período colonial); que as penas do código criminal de 1830 eram demasiado brandas; que « todos os governos em todos os tempos tiveram sempre autoridade de remover do solo da patria os estrangeiros que o perturbavão »; « [q]ue conhecia muitos estrangeiros que em nada se occupão e só servem de barulhar o socego e perverter a moral publica; e appellou para o exemplo do Rio de Janeiro, por onde vagueão homens embriagados, bem como pelos armazens de molhados ou tabernas, e outras casas onde têm esconderijos e praticão actos indignos mesmo de publicar-se ». O deputado May argumentou que, talvez, o governo nem precisasse « de acto legislativo para em tal caso proceder ». Em sentido diametralmente oposto, o deputado Ernesto criticou a proposta argumentando que « ella era muito melindrosa, importante e de suma delicadeza, porquanto se tratava não só de confundir poderes divididos pela constituição, mas até de estabelecer de algum modo o absolutismo, dando-se ao governo um poder discricionário, de que mui facilmente podia abusar » (BRASIL, *Annaes do Parlamento Brasileiro*, Rio de Janeiro, Typographia de H. J. Pinto, 1878, Câmara dos Srs. Deputados, Segundo anno da segunda legislatura, Sessão de 1831, Tomo I, pp. 15-16). A preocupação, em si, de expulsar o vadio « vindo de fora », bem como alguns elementos do quadro pintado por Carneiro da Cunha, como a bebida, não devem surpreender tanto porque já estavam presentes no universo do Antigo Regime: é o que podemos perceber pelo caso dos territórios do Sacro Império

Mas voltando ao nosso ponto sobre a relação entre legalidade e banimento, mais delicada era a posição do jurista Carlos Perdigão. Segundo ele, como o código penal não a utilizou na parte especial, o banimento seria uma pena « de ordem puramente política »⁽⁴⁸⁾. Logo adiante Perdigão coloca em cena mais uma palavra: « [e] o exílio é pena entre nós, ou confunde-se com o banimento? ». A resposta:

[n]ão se pode confundir. O exilio não é, em summa, em qualquer nação, sinão *medida de salvação publica de que a Lei Penal não determinou a priori os efeitos*. O exilio em geral, segundo a historia, tem sido applicado em relação ás familias reinantes decahidas do throno ou a respeito de adversarios politicos⁽⁴⁹⁾. (grifos meus)

O exílio como medida de « salvação pública » que pode prescindir da própria previsão legal. Perdigão não desenvolveu muito esse argumento no seu « Manual », mas, pouco tempo depois, nos primeiros anos da República, o tema voltaria — através da distinção entre banimento judicial e banimento político — dessa vez para ocupar a ribalta.

Romano-Germânico. T. SIMON, *Disciplinamento social e combate à vadiagem no Antigo Regime*, in « Revista Sequência », dez. 2009, 59, p. 129.

(47) Sobre a expulsão de estrangeiros durante a Primeira República (1889-1930), vale a pena destacar dois importantes trabalhos: o capítulo relativo da tese de Nunes, que se concentra nos aspectos penais inserindo o tema no quadro teórico do duplo nível de legalidade (Sbriccoli) e dos regimes de exceção (Meccarelli): D. NUNES, *Le “irrequietas leis de segurança nacional”. Sistema penale e repressione del dissenso politico nel Brasile dell’Estado Novo (1937-1945)*, Tese (Doutorado em História do Direito), Macerata, Università degli studi di Macerata, 2014, pp. 60-74; e a dissertação de Guerra, que procura explorar a questão da expulsão no âmbito da construção do constitucionalismo brasileiro na Primeira República. M.P. DOS S. GUERRA, *Anarquistas, trabalhadores, estrangeiros: a construção do constitucionalismo brasileiro na Primeira República*, Curitiba, Prismas, 2015. Sobre o conceito de duplo nível de legalidade, cf. M. SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, in ID., *Storia del diritto penale e della giustizia*, Milano, Giuffrè, 2009. Sobre o conceito de regimes de exceção, cf. M. MECCARELLI, *Regimes juridicos de exceção e sistema penal: mudanças de paradigma entre Idade Moderna e Contemporânea*, in *História do direito penal entre medievo e modernidade*, organizado por Arno Dal Ri Júnior e Ricardo Sontag, Belo Horizonte, Del Rey, 2011.

(48) C.F.M. PERDIGÃO, *Manual do código penal brasileiro. Estudos syntheticos e praticos*, Rio de Janeiro, Garnier, 1882, Tomo Primeiro, p. 266.

(49) *Ibid.*, p. 267.

Entr'acte.

D. Pedro I (primeiro reinado, 1822-1831), pai do banido D. Pedro II (segundo reinado, 1840-1889), foi um personagem importante do processo de independência brasileira cujo marco simbólico é 7 de setembro de 1822. Não obstante o prestígio adquirido nesse processo, entre o final da década de 1820 e o início da década de 1830, o imperador enfrentou cerrada oposição. Em 7 de abril de 1831, ele abdicaria em favor do seu filho, o futuro D. Pedro II que então contava somente 5 anos de idade ⁽⁵⁰⁾. Porém, mesmo depois da abdicación e da partida de D. Pedro I para Portugal, o mar da política continuaria revolto por mais alguns anos, pois havia quem, de fato, defendesse a restauração de D. Pedro I, os chamados *caramurus* ⁽⁵¹⁾. Todo o período entre a abdicación e a declaração antecipada da maioridade de D. Pedro II em 1840 — a regência (1831-1840) — foi marcada por tormentosos conflitos.

Na primeira metade da década de 1830, foi discutido no parlamento o projeto de decreto para banir D. Pedro I em função do temor de que ele retornasse de Portugal para efetivar a restauração desejada pelos *caramurus*, « desthronizando » seu próprio filho ou colocando-se como tutor dele.

A primeira proposta nesse sentido foi apresentada em 1831 pelo deputado Bernardo Pereira de Vasconcellos — já nosso conhecido nas vestes de um dos principais redatores do código de 1830 e « pri-

⁽⁵⁰⁾ Para uma boa síntese sobre o famoso episódio da abdicación, cf. o verbete « abdicación » no « Dicionário do Brasil Imperial ». L.B.P. das NEVES, *Abdicación* [verbetes], in *Dicionário do Brasil Imperial (1822-1889)*, cit.

⁽⁵¹⁾ Para uma síntese esclarecedora sobre o assunto, cf. o verbete « *Caramurus* » do « Dicionário do Brasil Imperial », muito embora seja possível levantar uma ressalva quanto a um aspecto jurídico ali mencionado: o código criminal de 1830 teria sido uma das providências do grupo liberal moderado que ascendeu ao poder logo depois da abdicación, pois ele teria praticamente reduzido « a Justiça togada ao papel de assistência pericial, sobrelevando, por outro lado, as funções dos magistrados eleitos ». Além da impropriedade técnico-jurídica no uso da expressão « assistência pericial », a determinação dos espaços e do modo de funcionamento da justiça criminal não competia, em regra, ao código criminal, mas sim ao código de processo criminal promulgado em 1832. L. GUIMARÃES, *Caramurus* [verbetes], *ibid.*, p. 119.

meira voz da oposição » ⁽⁵²⁾ — mas não teve andamento ⁽⁵³⁾. Em 21 de julho de 1832, o deputado Venâncio Henriques de Rezende — que quase tivera a sua participação na Constituinte de 1823-1824 vetada em função das suas posições republicanas ⁽⁵⁴⁾ — propôs um projeto de lei que criminalizava os que propugnassem a volta do imperador deposto ⁽⁵⁵⁾. Tal proposta não prosperou. Porém, o mesmo deputado Rezende volta à carga em junho de 1833 sugerindo o projeto que nos interessa sobre banimento (projeto de decreto n. 113 de 1833): « [o] ex-Imperador do Brazil, D. Pedro, fica para sempre inhibido de entrar no territorio do Brazil, e de residir em qualquer parte d'elle, ainda que seja como estrangeiro e indivíduo particular; e se o contrario fizer, de qualquer forma que seja, será tido e tratado como inimigo e aggressor da nação brasileira » ⁽⁵⁶⁾. O debate político girou em torno da conveniência e eficácia da proposta e foi esse o tom predominante da discussão, como era de se esperar em um órgão político. Nem todos estavam convencidos de que a ameaça de restauração era tão iminente assim. A abdicação

⁽⁵²⁾ J.M. DE CARVALHO, *Introdução*, in ID., *Bernardo Pereira de Vasconcelos*, São Paulo, Ed. 34, 1999.

⁽⁵³⁾ É o que informa o compilador dos « Annaes do Parlamento », Antonio Pereira Pinto, no índice do volume de 1834 na palavra « banimento »: « [j]á em 1831 o deputado B. P. de Vasconcellos havia apresentado o projecto n. 43 datado de 3 de junho relativo ao banimento do ex-imperador e da princeza D. Maria da Gloria por ter aceitado uma corôa estrangeira ». Porém, no dia 3 de junho (e nos dias subsequentes) não foi possível encontrar o debate sobre esse projeto de lei. BRASIL, *Annaes do Parlamento Brasileiro*, Rio de Janeiro, Typographia de H. J. Pinto, 1879, Câmara dos Srs. Deputados, Primeiro anno da terceira legislatura, Sessão de 1834, Colligidos por Antonio Pereira Pinto, Tomo I, p. 208.

⁽⁵⁴⁾ *Venâncio Henriques de Rezende* [verbete], in http://www2.camara.leg.br/a-camara/conheca/historia/presidentes/venancio_rezende1.html.

⁽⁵⁵⁾ « Artigo único. Os que por escripto, ou por palavra promoverem ou insinuarem a volta ao Brazil do ex-imperador D. Pedro I, sejam elles muitos ou só um, são declarados conspiradores, e como taes punidos com as penas declaradas no cap. 1. do tit. 4. do código penal ». BRASIL, *Annaes do Parlamento Brasileiro*, Rio de Janeiro, Typographia de H. J. Pinto, 1879, Câmara dos Srs. Deputados, Terceiro anno da segunda legislatura, Sessão de 1832, Colligidos por Antonio Pereira Pinto, Tomo II, p. 99, col. 2.

⁽⁵⁶⁾ BRASIL, *Annaes do Parlamento Brasileiro*, Rio de Janeiro, Typographia de H. J. Pinto, 1887, Câmara dos Srs. Deputados, Quarto anno da segunda legislatura, Sessão de 1833, Colligidos por Jorge João Dodsworth, Tomo I, p. 326, col. 1.

voluntária de D. Pedro I seria um sinal de que tais intentos não estavam no horizonte do monarca deposto. Outros, porém, diziam que a abdicação do ex-imperador não foi tão voluntária assim, de modo que o 7 de abril teria sido uma verdadeira revolução. Nem todos estavam convencidos de que um decreto desse tipo seria eficaz contra uma restauração que, se fosse levada a cabo, como diziam alguns, envolveria manobras militares.

Entrando nos argumentos mais especificamente jurídicos, dois pontos merecem destaque. Primeiro, um decreto de banimento emanado pelo parlamento seria uma violação das prerrogativas do judiciário. Não caberia ao parlamento sentenciar ⁽⁵⁷⁾. Segundo, a própria natureza jurídica da proposta era dúbia. Alguns diziam que nem se tratava de um banimento propriamente, pois ele previa somente um dos seus efeitos (o impedimento de entrar no império) e, além disso, o imperador deposto nem deveria ser considerado brasileiro, mas português, de modo que, como disse o deputado Gonçalves Martins, « o ministerio tem mandado sahir daqui estrangeiros, e não tem precisado de lei para o fazer: faça portanto o mesmo a respeito de D. Pedro » ⁽⁵⁸⁾.

Apesar das objeções, a proposta foi aprovada pela Câmara dos Deputados por 61 votos contra 19 em 30 de maio de 1834 ⁽⁵⁹⁾. No Senado, quando o projeto entrou em pauta no dia 18 de junho de 1834, ele não conseguiu passar nem mesmo para a segunda das três rodadas de discussão ⁽⁶⁰⁾. Pouco tempo depois, em setembro de 1834, D. Pedro I faleceria em Portugal.

Vejam, agora, o verbete banimento do « Vocabulário Jurídico » de Teixeira de Freitas:

⁽⁵⁷⁾ Cf. por exemplo o posicionamento do deputado Gonçalves Martins. BRASIL, *Annaes do Parlamento Brasileiro*, Rio de Janeiro, Typographia de H. J. Pinto, 1879, Câmara dos Srs. Deputados, Primeiro anno da terceira legislatura, Sessão de 1834, Colligidos por Antonio Pereira Pinto, Tomo I, p. 66, col. 1.

⁽⁵⁸⁾ BRASIL, *Annaes do Parlamento Brasileiro*, Rio de Janeiro, Typographia de H. J. Pinto, 1879, Câmara dos Srs. Deputados, Primeiro anno da terceira legislatura, Sessão de 1834, Colligidos por Antonio Pereira Pinto, Tomo I, p. 67, col. 2.

⁽⁵⁹⁾ *Ibid.*, p. 78.

⁽⁶⁰⁾ BRASIL, *Annaes do Senado do Imperio do Brazil*, Rio de Janeiro, 1918, Quarta sessão da primeira legislatura de 9 de maio a 1 de outubro de 1831, pp. 89-90.

posto que a nossa Const. Polit. falle do Banido por Sentença, como tendo perdido os direitos de Cidadão Brasileiro; posto que o Art. 56 do nosso Cod. Pen. declare consistir esta pena em perderem para sempre os réos os direitos de Cidadãos Brasileiros, inhibindo-lhes outrosim perpetuamente de habitar no território do Império; não se acha caso algum em que se tenha feito uso de tal pena ⁽⁶¹⁾.

Por sentença, ao que parece, de fato não. E o banimento — ou algo parecido com banimento — do qual escapou D. Pedro I nem seria uma sentença judicial, mas um decreto.

Por outro lado, sem nem entrar no complicado período do processo de independência, isto é, pensemos somente no período posterior ao código criminal de 1830, ainda pende de uma pesquisa histórico-jurídica mais acurada o uso da deportação como medida política, especialmente no contexto das chamadas revoltas regenciais. O uso do termo ‘deportação’ no lugar de banimento foi proposital. No já citado «Vocabulário» de Freitas, a distinção é clara, apesar de ele admitir a proximidade entre os termos:

[d]eportação não é pena autorizada pelo nosso Cod. Crim., assemelhando-se ao — banimento —; mas o Governo usa d’ella para com estrangeiros, como providencia autorizada pelo Direito das Gentes, e sem dependência de algum processo. Do mesmo modo se procede em outros Paizes para com estrangeiros, quando a estada d’estes no território nacional torna-se perigosa, ou tem qualquer inconveniente ⁽⁶²⁾.

Era a isso que o deputado Gonçalves Martins se referia ao dizer que o projeto de banimento contra D. Pedro I era desnecessário se ele fosse considerado estrangeiro. A clareza da distinção jurídica freitiana, porém, poderia ser esfumada. Em 5 de outubro de 1839, por exemplo, o deputado Montezuma — futuro presidente do primeiro Instituto dos Advogados Brasileiros — denunciava o abuso da suspensão de garantias prevista no art. 179, XXXV, da Constituição de 1824 ⁽⁶³⁾ que os presidentes de província estariam utili-

⁽⁶¹⁾ FREITAS, *Vocabulário*, cit., p. 24.

⁽⁶²⁾ *Ibid.*, p. 48.

⁽⁶³⁾ Art. 179, XXXV: «Nos casos de rebelião, ou invasão de inimigos, pedindo a segurança do Estado, que se dispensem por tempo determinado algumas das formalidades, que garantem a liberdade individual, poder-se-ha fazer por acto especial do Poder Legislativo. Não se achando porém a esse tempo reunida a Assembléa, e correndo a Patria perigo imminente, poderá o Governo exercer esta mesma providencia, como

zando para « impôr esta pena horrorosa, o direito de tirar do seu paiz o cidadão brasileiro » (64). Por essa razão, ele votava para que a suspensão de garantias não redundasse no poder de aplicar tal pena: « eu não posso de fórma alguma dar o meu voto para que o governo seja autorizado para deportar » (65). Ao se referir aos abusos, Montezuma mencionou expressamente os presidentes da província do Grão-Pará (no norte do país) e do Rio Grande do Sul (no extremo sul do país), provavelmente nos contextos, respectivamente, das chamadas « Cabanagem » (1835-1840) (66) e da « Revolução Farroupilha » (1835-1845) (67), duas importantes revoltas regenciais. Nesse mesmo contexto, os « Annaes do Parlamento » registram o uso da palavra deportação para nomear medida política de envio de revoltosos de uma província para outra (68). O próprio Montezuma, aliás, foi um dos deputados « deportados » para fora do Brasil depois do famoso episódio da dissolução da primeira

medida provisoria, e indispensavel, suspendendo-a immediatamente que cesse a necessidade urgente, que a motivou; devendo num, e outro caso remetter á Assembléa, logo que reunida fôr, uma relação motivada das prisões, e d'outras medidas de prevenção tomadas; e quaesquer Autoridades, que tiverem mandado proceder a ellas, serão responsaveis pelos abusos, que tiverem praticado a esse respeito ».

(64) BRASIL, *Annaes do Parlamento Brasileiro*, Rio de Janeiro, Typographia da Viuva Pinto & Filho, 1885, Câmara dos Srs. Deputados, Segundo anno da quarta legislatura, Sessão de 1839, Colligidos por Antonio Henoch dos Reis, Tomo III, p. 461, col. 1.

(65) *Ibid.*, col. 2.

(66) Nesse momento, os chamados « cabanos » já tinham sido destituídos do governo da província pelas forças legalistas ligadas à capital do Império, muito embora ainda existissem focos de resistência, de modo que, segundo a útil síntese da historiadora Magali Gouveia Engel, « a ação dos cabanos só seria desarticulada de vez em meados de 1840 ». M.G. ENGEL, *Cabanagem* [verbetes], in *Dicionário do Brasil Imperial (1822-1889)*, cit.

(67) Para uma boa síntese sobre esse famoso episódio cheio, inclusive, de personagens que permaneceriam na memória coletiva da região, entre eles o casal Anita e Giuseppe Garibaldi, cf. M.G. ENGEL, *Farroupilha* [verbetes], *ibid.*

(68) BRASIL, *Annaes do Parlamento Brasileiro*, Rio de Janeiro, Typographia da Viuva Pinto & Filho, 1887, Câmara dos Srs. Deputados, Primeiro anno da quarta legislatura, Sessão de 1838, Colligidos por Antonio Henoch dos Reis, Tomo II, p. 387; BRASIL, *Annaes do Parlamento Brasileiro*, Rio de Janeiro, Typographia da Viuva Pinto & Filho, 1884, Câmara dos Srs. Deputados, Segundo anno da quarta legislatura, Sessão de 1839, Colligidos por Antonio Henoch dos Reis, Tomo II, p. 40, col. 2.

assembleia constituinte brasileira por D. Pedro I em novembro de 1823, tendo retornado ao Brasil somente em 1831 ⁽⁶⁹⁾. Bem se vê que a palavra « deportação » utilizada pela historiografia (e pelo discurso parlamentar) não corresponde à definição do « Vocabulário » de Freitas, de modo que uma investigação histórico-jurídica sobre os usos dessa terminologia nos albores do Brasil independente seria de grande valia.

Mas voltando ao nosso ponto, trata-se de todo um universo feito de medidas excepcionais para o qual a alta literatura jurídica pouca atenção dispensava, mas cujo mapeamento é de todo o interesse para a história do direito penal. Se o problema da distinção entre modalidade judicial e política de banimento ganharia a ribalta depois da instauração da república, não é de se excluir que medidas juridicamente semelhantes — talvez até muito semelhantes — tenham sido utilizadas durante o período imperial.

3. *O banimento entre 1889 e 1934: a diferença entre a modalidade judicial e a política.*

Final de 1889, queda do Império. Em 21 de dezembro de 1889, o marechal Deodoro da Fonseca emanou o decreto n° 78-A que baniu « do território nacional o Sr. D. Pedro de Alcantara e sua família », a família imperial destronizada. No mesmo dia, com o Decreto n° 78, foram banidos, também, alguns monarquistas importantes: Affonso Celso de Assis Figueiredo (o Visconde de Ouro Preto) e seu irmão Carlos Affonso de Assis Figueiredo; e Gaspar da Silveira Martins foi desterrado por força do mesmo decreto. O Decreto n° 78, porém, teve muito menos impacto no âmbito jurídico do que o 78-A porque logo foi revogado, no ano seguinte, pelo Decreto n° 1.037 de 17 de novembro. A Constituição provisória do novo governo republicano, decretada em 22 de junho de 1890, ainda não tinha abolido a pena de banimento. Pelo contrário, tal pena era referenciada na parte sobre perda dos direitos de cidadão brasileiro (art. 71, § 2, c), assim como na velha constituição imperial de 1824 (art. 7, III). O código penal de 1890, promulgado em 11 de outubro

⁽⁶⁹⁾ L. GUIMARÃES, *Francisco Gê de Acaiaba e Montezuma (Visconde de Jequitinbonha)* [verbetes], in *Dicionário do Brasil Imperial (1822-1889)*, cit., p. 291.

de 1890, previa a pena de banimento para aqueles que tentassem « directamente e por factos, mudar por meios violentos a Constituição política da Republica, ou a fôrma de governo estabelecida » (art. 107). A constituição promulgada em 24 de fevereiro de 1891, por sua vez, aboliu a pena de « banimento judicial » (art. 72 §20).

Eis o quadro legislativo sobre o nosso tema no início da república. Começemos a detalhá-lo pelo código penal de 1890.

Os códigos de 1830 e de 1890, no que diz respeito ao banimento, tinham duas principais diferenças: *a)* já não era mais uma pena perpétua e, *b)* a consequência da volta ao país antes da cessação dos efeitos da pena passou a ser a reclusão de trinta anos e não mais a prisão perpétua (art. 46). Além disso, o código de 1890 a cominou para o crime de « [t]entar, directamente e por factos, mudar por meios violentos a Constituição política da Republica, ou a fôrma de governo estabelecida » (art. 107). João Baptista Pereira, o autor do código de 1890, no seu testemunho sobre o processo de codificação, declarou que, na verdade, tinha « opinião amadurecida » contra esse tipo de pena, e por essa razão ela foi cominada a um crime somente para não deixar « sem sanção o preceito constitucional », mas que « [f]elizmente a Constituição de 24 de Fevereiro veio derimir a controvérsia, abolindo no art. 72 § 20 a pena de banimento judicial » (70).

O contumaz crítico do código de 1890, João Vieira de Araújo, no seu comentário de 1897, além de deixar entrever que o banimento seria uma pena adequada para crimes políticos (71), aponta que, depois da Constituição de 1891, « [n]ão temos pois mais o banimento, sendo curioso notar que nenhuma disposição posterior tendo providenciado sobre a substituição da pena no caso do art.

(70) J.B. PEREIRA, *O código penal de 1890: notas históricas (partes I-VIII)*, in « Revista de Jurisprudência », II (1898), pp. 261-263.

(71) No trecho em questão, João Vieira de Araújo diz literalmente o seguinte: « [s]i tem increpado ao banimento ser pouco afflictivo, de não se apresentar, sinão como uma pena incerta, não de todo exemplar e muito desigual em relação aos indivíduos que a soffrem. Mas estas criticas não poderiam ser verdadeiras, sinão si o banimento fosse um castigo de direito commum ». O oposto de « direito comum », tendo em vista os debates anteriores sobre o assunto, provavelmente é o crime político. Infelizmente, na sequência, João Vieira não desenvolve ulteriormente o assunto. ARAÚJO, *Código penal commentado*, cit., p. 248.

107 do código penal, os chefes, os autores do crime naquella especie não podem ser punidos!» (72). De fato, tal problema só seria resolvido com o Decreto nº 1.062 de 29 de setembro de 1903 que estabeleceu as penas de 10 a 20 anos de reclusão para os « cabeças » do crime de « tentar [...] mudar por meios violentos a Constituição política da Republica, ou a fórmula de governo estabelecida ».

Antes de tudo isso, tínhamos, ainda, os dois decretos de banimento já mencionados. As breves exposições de motivos de ambos mobilizaram o receio de uma guerra civil (Decreto nº 78 de 1889), de agitações contrárias ao « interesse superior da patria » (ainda o Decreto nº 78 de 1889), de « veleidades inconciliáveis com a situação republicana » (Decreto nº 78-A de 1889). Os atingidos pelo Decreto nº 78 eram personagens importantes do regime monárquico: Affonso Celso de Assis Figueiredo, o Visconde Ouro Preto, foi o último Presidente do Conselho de Ministros do Império, cujas propostas de reforma, porém, não bastaram para evitar o advento da república (73); Carlos Afonso de Assis Figueiredo era o presidente da província do Rio de Janeiro no momento da queda do regime (e irmão de Affonso Celso); Gaspar Silveira Martins era presidente da província do Rio Grande do Sul e tinha sido chamado para substituir Affonso Celso, porém, foi preso a caminho do Rio de Janeiro, em Desterro (atual Florianópolis), para então ser... desterrado (74).

O Congresso Constituinte de 1891 tinha diante de si este quadro legislativo: o banimento do código penal e o decreto de banimento da família imperial (o decreto de Affonso Celso, do seu irmão e de Gaspar Silveira Martins já tinha sido revogado em 1890). A abolição do banimento não constava no projeto inicial, mas apareceu durante o processo como sugestão da chamada « comissão

(72) A mesma reclamação João Vieira de Araújo repetiu no seu comentário de 1901. ARAÚJO, *O código penal interpretado. Parte especial*, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1901, p. 44.

(73) L. GUIMARÃES, *Afonso Celso (Visconde de Ouro Preto)* [verbete], in *Dicionário do Brasil Imperial (1822-1889)*, cit., pp. 28-29.

(74) M.M. PADOIN, M. ROSSATO, *Biografia histórica*, in Id., *Gaspar Silveira Martins: perfil biográfico, discursos e atuação na Assembleia Provincial*, Porto Alegre, Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul, 2013, p. 34.

dos 21 » ⁽⁷⁵⁾ e aprovada em 16 de janeiro de 1891 ⁽⁷⁶⁾, aparentemente sem maiores polêmicas. O art. 72, §20 da constituição de 1891, então, dizia: « [f]ica abolida a pena de galés e a de banimento *judicial* » (grifo nosso). Nenhuma dúvida de que estava abolido o banimento previsto no código penal de 1890. Já o caso do decreto de banimento era mais intrincado.

D. Pedro II e sua esposa, Tereza Christina ⁽⁷⁷⁾, já tinham falecido — em dezembro de 1891 e em dezembro de 1889 respectivamente — quando foi impetrado o *habeas corpus* n. 1.974 em 1903 ⁽⁷⁸⁾. A petição inicial demandava, em favor do Conde D’Eu (genro de D. Pedro II) e dos descendentes da família imperial, a revogação do decreto de banimento por inconstitucionalidade. O fundamento para o *habeas corpus* é que o decreto configuraria, por si só, um constrangimento ilegal. No acórdão do superior tribunal federal, a revogação do decreto acabou ficando em segundo plano porque surgiu uma questão preliminar: a prova do efetivo constrangimento sendo exercido por parte do governo brasileiro, pois, de fato, o art. 72 § 22 da constituição 1891 determinava que seria concedido *habeas corpus* em casos de « iminente perigo de sofrer

⁽⁷⁵⁾ A. MILTON, *A Constituição do Brasil. Notícia histórica*, texto e comentário por Aristides Milton, deputado ao Congresso Nacional pela Bahia e magistrado em disponibilidade, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1898, p. 576.

⁽⁷⁶⁾ BRASIL, *Annaes do Congresso Nacional*, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1891, Sessões de 2 a 30 de janeiro de 1891, Vol. II, p. 326.

⁽⁷⁷⁾ A propósito, filha do rei das Due Sicilie, Francesco I di Borbone, e figura importante para as relações (especialmente culturais) entre Brasil e Itália no século XIX. Sobre o assunto, cf. a sintética análise de A.A. AVELLA, *Teresa Cristina Maria de Bourbon, uma imperatriz silenciada*, in *Anais do XX Encontro Regional de História: História e Liberdade. ANPUH/SP, 6 a 10 de dezembro de 2010*, 2010.

⁽⁷⁸⁾ Que já não era, aliás, a primeira demanda judicial envolvendo o decreto de banimento. Antes disso, em 2 de março de 1898 o Supremo Tribunal Federal decidiu uma apelação civil em que o filho de D. Leopoldina e neto de D. Pedro II, D. Pedro Augusto de Saxe Coburgo Gotha e Bragança, arguia esbulho possessório por parte do governo sobre o Palácio Leopoldina no Rio de Janeiro, onde ele residia antes do banimento. O tribunal entendeu que não houve esbulho possessório por parte da União Federal porque o direito que eles teriam seria somente o de habitação, que cessou com o decreto de banimento da família real de 1889, com voto vencido de João Barbalho, que achou que havia, sim, esbulho. BRASIL, *Supremo Tribunal Federal. Appelação Civil n. 296*, in « O Direito: revista mensal de legislação, doutrina e jurisprudência », 78 (1898), pp. 192-196.

violência coação por ilegalidade ou abuso de poder » (79). O superior tribunal federal entendeu que a simples existência do decreto de banimento não bastava para configurar o « iminente perigo » de constrangimento. De resto, o tribunal considerava-se incompetente para julgar sobre a revogação em si do decreto de banimento (80).

Não poderemos seguir todo o fio da argumentação da petição e do acórdão, portanto, será o bastante observar alguns aspectos particularmente relevantes para os nossos fins. A petição inicial tentou argumentar que não existia diferença entre banimento político e judicial: « [p]ara que existisse banimento político seria preciso que a lei constitucional cogitasse da espécie; de outro modo, (...) não pode ser inventada para delicto que não existe, uma pena que não está igualmente estabelecida » (81). Seguindo a argumentação do procurador do governo Epitácio Pessoa, o voto de João Barbalho afirmou que o decreto de banimento foi um « acto (...) de character constitucional, por entender com a vida constitucional da Nação », assim, « é evidente que não cabe ao Poder Judiciario ter por nenhum semelhante acto ou supprimir seus efeitos ». De resto, o banimento da família imperial seria uma « *medida de ordem puramente politica* » (grifos meus) que teria evitado « graves perturbações da paz interna » e mesmo uma « guerra civil » (82).

O caso, evidentemente, repercutiu na imprensa, inclusive no que diz respeito à diferença entre banimento político e judicial, mesmo não tendo sido um aspecto crucial para a decisão. A « Gazeta de Notícias » do Rio de Janeiro, em 11 de janeiro de 1903, fez

(79) Sobre a história do *habeas corpus* no Brasil, cf. A. KOERNER, *Habeas-corpus, prática judicial e controle social no Brasil (1841-1920)*, São Paulo, IBCCRIM, 1999.

(80) BRASIL, *Superior Tribunal Federal. Habeas corpus n. 1974*, in « O Direito: revista mensal de legislação, doutrina e jurisprudência », 91 (mai-ago 1903), p. 428. Esse ponto poderia nos levar, também, à história do controle judicial de constitucionalidade das leis no Brasil e aos problemas em torno dessa prática judicial ao longo da Primeira República, mas teremos que deixar esse tema em suspenso para não nos desviarmos demais do foco. De resto, para uma história do controle de constitucionalidade das leis no Brasil, cf. M.C. CONTINENTINO, *História do controle da constitucionalidade das leis no Brasil. Percursos do pensamento constitucional no século XIX (1824-1891)*, São Paulo, Almedina, 2015.

(81) BRASIL, *Superior*, cit., p. 419.

(82) *Ibid.*, pp. 431-432.

questão de trazer à tona o argumento do procurador do governo segundo o qual « o decreto é uma medida política e não está revogada pela Constituição » (83). Fez a mesma coisa o jornal « O Paiz » do Rio de Janeiro na edição de 15 de janeiro de 1905 ao sintetizar a argumentação do procurador Epitácio Pessoa: « [a] Constituição (...) revogou o banimento judicial, mas o banimento em questão era político, absolutamente político » (84).

Por fim, um trecho do voto de Alberto Torres — que foi, também, o relator do caso — chama a atenção. Depois de mencionar a lacuna quanto à prova do constrangimento, Torres explica a regra do *habeas corpus* segundo a qual qualquer pessoa podia solicitá-lo sem maiores formalidades em nome de terceiros. Conclusivamente, criticando a petição, ele diz: « [a] segurança, no estatuir [as] condições [do constrangimento ilegal], é o que constitui a idoneidade jurídica do terceiro requerente [...] », porém,

[o] confronto de dados constantes da petição, entre si, e com factos notorios, convenceu-me que tal não succede no presente caso. Encontrei na singularidade de ser requerido este habeas corpus por tres jornalistas de Santos (...) quando a ex-dinastia brasileira tem procuradores nesta capital (...) a confirmação de que a expontaneidade dos impetrantes não é fundada (85).

Os jornais também não perderam a chance de colocar em foco esse aspecto — talvez marginal — da argumentação de Torres acerca da profissão dos demandantes.

Dada a palavra ao Sr. Alberto Torres, relator do feito, S. Ex. discorreu sobre os casos em que os habeas corpus tinham lugar e passou a analysar a petição. Essa analyse foi demorada, achando S. Ex. que ella era mais obra de jornalistas que de homens de direito, que continha allegações que não podiam ser tomadas em consideração, que não possuia idoneidade juridica. [...] Disse que o habeas corpus não era requerido pelos que na petição se dizia que soffriam constrangimento illegal, nem por procurador seu; que havendo entre os monarchistas tantos professores de direito, eminentes

(83) « O Tribunal Federal em sessão de hontem não tomou conhecimento do habeas corpus impetrado em favor da família imperial pelos Drs. Urbano Neves, Olympio Lima e Alberto Veiga », in « Gazeta de Notícias », Rio de Janeiro, anno XXX, n. 15, 15 de janeiro de 1903, col. 3-4.

(84) *Ibid.*, col. 6-7.

(85) BRASIL, *Superior Tribunal Federal. Habeas corpus n. 1974*, in « O Direito: revista mensal de legislação, doutrina e jurisprudência », 91 (mai-ago 1903), pp. 429-430.

jurisconsultos, eram tres jornalistas republicanos que appareciam a requerer ao Tribunal a favor da família imperial,

noticiava o jornal « O Paiz » em 15 de janeiro de 1905 ⁽⁸⁶⁾. E na « Gazeta de Notícias » do Rio de Janeiro em 11 de janeiro de 1903 lemos que: « [Alberto Torres] fundamentou o seu voto, declarando negar a ordem por não estar provado um constrangimento ilegal e ter sido o habeas corpus requerido por pessoas incompetentes e não preparadas no caso » ⁽⁸⁷⁾. Como os casos apareciam nos jornais: existiam desvios quando da síntese da argumentação jurídica? Quais aspectos chamavam a atenção? Quais variações históricas ocorreram no tratamento que os jornais davam aos casos em função das transformações do jornalismo e do direito? Não poderemos, aqui, aprofundar esses temas que mereceriam estudos específicos, nem tampouco a questão das personagens envolvidas na trama — que, neste caso, são muito interessantes, a começar por Epitácio Pessoa (futuro presidente do Brasil entre 1919 e 1922) e Alberto Torres (que teve uma profícua carreira política e que ficou conhecido, também, por seus escritos de teoria política ⁽⁸⁸⁾) — mas vale a pena mencionar *en passant* que, de fato, não é à toa que os signatários da petição chamaram a atenção do relator. Um deles, Olympio Lima, era o redator-chefe do jornal « A Tribuna » da cidade de Santos, uma figura, no mínimo, controversa: esteve envolvido como réu em mais de uma questão criminal; odiado pelo « orgam do Partido Republicano », o jornal « Correio Paulistano »,

⁽⁸⁶⁾ « O Paiz », Rio de Janeiro, anno XIX, n. 6673, 15 de janeiro de 1903, p. 1, col. 6-7.

⁽⁸⁷⁾ « O Supremo Tribunal Federal em sessão de hontem não tomou conhecimento do habeas corpus impetrado em favor da família imperial pelos Drs. Urbano Neves, Olympio Lima e Alberto Veiga », in « Gazeta de Notícias », Rio de Janeiro, anno XXX, n. 15, 15 de janeiro de 1903, col. 3-4.

⁽⁸⁸⁾ Alberto Torres foi deputado estadual (1892-1893) e deputado federal (1893-1896) pelo Rio de Janeiro. Entre 1896 e 1901 assumiu o ministério da justiça no mandato do presidente Prudente de Moraes. Entre 1901 e 1903 foi presidente do Rio de Janeiro. Em 1901 foi nomeado para o superior tribunal federal. Escreveu livros importantes do pensamento político brasileiro, tal como *A Organização Nacional* (1914). *Alberto Torres* [verbete], in *Dicionário histórico-biográfico da Primeira República*, cit.

que o qualificou de « larápio » e « quadrilheiro » (89); mas, em um artigo assinado pelo « pharmaceutico Corrêa Netto » no « Diário da Tarde » de Curitiba de 20 de julho de 1904 (90), Olympio Lima é tido como alguém que « tem se batido, sempre, pelas causas justas, a ponto de soffrer inumeros vexames, inclusive prisões, em virtude de perseguições que lhe tem sido movidas por aquelles contra quem elle se tem expressado ». Teria sido o *habeas corpus* uma forma de angariar notoriedade para o jornal? (91)

Porto de Santos, 13 de maio de 1907:

um redactor da Tribuna [de Santos] foi a bordo [do paquete Amazone] cumprimentar sua alteza [D. Luiz de Orleans e Bragança, neto de D. Pedro II], que o recebeu muito gentilmente, tendo palavras de agradecimento para este jornal, lembrando a petição de habeas corpus apresentada ao Supremo Tribunal Federal, em 1903, e acrescentou que esta viagem delle era determinada justamente pela referida petição, como redactor da Tribuna perguntasse a razão, sua alteza respondeu que, tendo o Supremo Tribunal em 1903 negado a ordem de habeas corpus com o fundamento de não haver constrangimento illegal, elle agora veiu provocar esse constrangimento. [...] A Tribuna, em sua edição de amanhã, publica um resumo da viagem do principe, inclusive a petição de habeas corpus impetrada ao Supremo Tribunal Federal em 1903 (92).

O trecho acima é um fragmento de uma notícia publicada no jornal « Commercio de São Paulo », que trazia na capa o nome do seu novo redator-chefe: o nosso intrépido jornalista/advogado Olympio Lima. A mesma notícia também reportava que « d. Luiz foi

(89) *Correio Paulistano (organ do Partido Republicano)*, n. 14260, 1 de maio de 1903, p. 3, col. 5-6.

(90) NETTO CORRÊA, *A "Tribuna", de Santos*, in « Diário da Tarde », anno VII, n. 1642, Curitiba, 20 de julho de 1904, p. 1, col. 4-5.

(91) O jornal « O Commercio de São Paulo », dirigido na época por Affonso Arinos e que mais de uma vez demonstrou simpatia em relação ao jornal « A Tribuna » de Santos e a seu redator-chefe, noticiou em 7 de janeiro de 1903 que « [a] grande edição d'A Tribuna de Santos, que, por atraso de impressão, só poderá sahir amanhã, conterá, a par de fina xilographia e photogravuras, um texto variado e abundante, destacando-se delle os seguintes escriptos: Petição de habeas corpus a favor da Família Imperial, por Olympio Lima, Alberto Veiga e dr. Urbano Neves » e continua mencionando uma série de outros textos (literários, filosóficos, políticos, etc.). « O Commercio de São Paulo », São Paulo, anno X, n. 3171, 7 de janeiro de 1903, p. 1, col. 1-2.

(92) « O Commercio de São Paulo », São Paulo, anno XIV, n. 194b, 14 de maio de 1907, p. 2, col. 4.

informado da ordem de não desembarcar por intermédio de um oficial de bordo » (93).

Que o pacote Amazone aportaria em Santos com D. Luiz a bordo, o governo já sabia. No dia 10 de maio de 1907, o presidente da República Affonso Penna enviou um telegrama ao então presidente do Senado, Ruy Barbosa — que fora um dos signatários do decreto em questão — perguntando se o banimento da família imperial estava revogado ou não. A resposta foi lida na sessão do Senado de 14 de maio de 1907:

[a]o elaborar (...) a Constituinte Republicana a sua obra, o banimento existia, na legislação do país, em duas entidades distintas: como providência de Estado, no decreto que banira a família destronizada, e como meio de repressão, no Código Penal. (...) se a Constituinte as quisesse tratar segundo o mesmo critério, extinguindo juntamente uma e outra, ou havia de abolir, por uma fórmula geral, o banimento, sem distinção entre as duas espécies, ou, procedendo por especificação, teria que acrescentar ao banimento judicial o banimento político (94).

E encerrando a leitura da carta, o senador Ruy Barbosa, considerado por uma significativa tradição historiográfica o « pai » do controle judicial de constitucionalidade das leis no Brasil (95), conclui: « [c]riada antes da Constituição e não resolvida por ela, essa situação *extra-constitucional*, não é inconstitucional [...]. Se hoje não há mais risco algum (e me parece que não haverá) em acabar com semelhante exceção, à representação nacional compete decidi-lo » (96) (grifo nosso).

Além da tentativa de fazer configurar o iminente perigo de constrangimento — exigência básica para o cabimento do *habeas corpus* — a petição, dessa vez, foi assinada pelo advogado José da Silva Costa, personagem famoso, que ostentava os títulos de conselheiro e de doutor e a cujo prestígio acrescentava-se a publicação de alguns

(93) *Ibidem*.

(94) R. BARBOSA, *Banimento da família imperial, I*, in *Obras Completas de Rui Barbosa*, organizado por José Câmara, Rio de Janeiro, Ministério da Educação e da Saúde, 1962, Vol. XXXIV, Tomo I, Discursos parlamentares, pp. 6-7.

(95) Para uma crítica a essa tradição, cf. CONTINENTINO, *História do controle*, cit., capítulo 1.1.

(96) BARBOSA, *Banimento*, cit., p. 9.

livros jurídicos ⁽⁹⁷⁾ e de alguns artigos (como aquele sobre o crime de rebelião que já vimos anteriormente). Nada disso bastou, porém, para sensibilizar a maioria dos ministros.

Em síntese, o acórdão de 11 de maio de 1907 chegou a duvidar do real perigo de impedimento de desembarque, mas acrescentou que, mesmo assim, a constituição de 1891 aboliu o banimento ‘judicial’, enquanto o banimento da família imperial « nem é pena, nem foi imposto por sentença judicial, sendo, sim, acto político, de alta policia, que está fora das normas constitucionais traçadas para o futuro » ⁽⁹⁸⁾. Os votos vencidos foram os de Amaro Cavalcanti e de Alberto Torres.

No voto de Torres, depois de lermos uma referência a impetrante José da Silva Costa como « um cidadão conspícuo, respeitável advogado do nosso fôro » ⁽⁹⁹⁾, reencontramos o nosso ponto da « situação extra-constitucional ». Divergindo do argumento principal do voto vencedor, Torres defendia que « [j]uridicamente, *não ha direito pre-constitucional ou extra-constitucional* » ⁽¹⁰⁰⁾ (grifos meus). O banimento é sempre e de qualquer forma uma pena, então só pode existir banimento ‘judicial’ ⁽¹⁰¹⁾. Ele até admite que o constituinte pode ter tido a ideia de excluir o banimento político com o uso do adjetivo ‘judicial’, mas observa que não há « regra de

⁽⁹⁷⁾ Na seção destinada aos advogados do « Almanak Laemmert », a inserção relativa ao nosso advogado no ano de 1906 (semelhante a de outros anos, na verdade), vinha redigida da seguinte forma: « José da Silva Costa, Cons., Dr., Christo 2, r. Gen. Camara, 64 e Praia de Botafogo, 234. Autor das obras seguintes: Satisfação do damno causado pelo delicto, 1 vol.; Seguros maritimos e terrestres, 1 vol.; Revista Juridica, Estudos Sociaes, 1 vol.; Contracto de Conta Corrente, e outros trabalhos que se acham á venda em casa dos Srs. Laemmert & C., r. Ouvidor, 66 » (*Almanak Administrativo, mercantil e industrial do Rio de Janeiro e indicador para 1906*, Obra estatística e de consulta fundada em 1844 por Eduardo von Laemmert reformada e reorganizada por Arthur Sauer, 63º ano, Rio de Janeiro, Companhia Typographica do Brazil, 1906, p. 443). Além disso, a essas alturas, Costa já era um advogado experiente, com mais de 60 anos de idade.

⁽⁹⁸⁾ BRASIL, *Superior Tribunal Federal. Habeas corpus n. 2437*, in « O Direito: revista mensal de legislação, doutrina e jurisprudência », 103 (mai-set 1907), p. 428.

⁽⁹⁹⁾ *Ibid.*, p. 430.

⁽¹⁰⁰⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁰¹⁾ *Ibid.*, p. 432.

hermeneutica (...) que permita aceitar-a » (102). Em seguida, levanta expressamente uma crítica à própria ideia de « interpretação autêntica », que atentaria contra a separação de poderes (103). Ao judiciário caberia fixar a interpretação mais razoável do ordenamento vigente, mesmo prescindindo da « vontade » historicamente definível do legislador.

Se, nos debates constitucionais, a vontade de manter ou não o decreto de banimento talvez tenha ficado nas entrelinhas, um projeto de lei apresentado em 5 de agosto de 1891 suscitou explicitamente a questão. Nesse dia, discutia-se na Câmara dos Deputados o projeto de lei sobre a pensão para D. Pedro II. Na intervenção do deputado Caetano de Albuquerque, foi apresentado outro projeto de lei, assinado também pelo deputado Amphiphio de Carvalho, que revogava o banimento do ex-imperador (104). Já houve tumulto no recinto quando Albuquerque anunciou que apresentaria um projeto com esse conteúdo (105). No dia 7 de agosto de 1891, por 106 votos contra 10, os deputados decidiram por nem submetê-lo à discussão (106). Efetivamente, em 1891, defender algo do gênero custava carregar a pecha de restaurador-monarquista (107). Não por acaso, o deputado Serzedello, ao requerer votação nominal, gritou: « [r]estauradores e monarchistas de um lado, republicanos de outro

(102) *Ibid.*, p. 435.

(103) *Ibidem.*

(104) « O Congresso Nacional, considerando terem cessado os motivos de ordem pública, que determinaram, como medida de ocasião, o banimento do ex-imperador do Brazil, decreta: Art. 1. É restituído a D. Pedro de Alcântara, ex-imperador do Brazil, o gozo de todos os direitos de cidadão brasileiro, de conformidade com as disposições da Constituição de 24 de fevereiro do corrente anno, podendo elle regressar ao Brazil quando lhe aprouver. Art. 2. Revogam-se as disposições em contrario ». BRASIL, *Annaes do Congresso Nacional*, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1891, Sessões de 2 a 30 de janeiro de 1891, Vol. II, p. 113.

(105) BRASIL, *Annaes do Congresso Nacional*, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1891a, Primeira sessão da primeira legislatura, Sessões de 1 a 31 de agosto de 1891, Vol. II, p. 113.

(106) *Ibid.*, pp. 125-126.

(107) A propósito, na síntese de João Edson Fanaia sobre Caetano de Albuquerque, ele é qualificado como um « defensor do ideário republicano ». J.E. FANAIA, *Albuquerque de, Caetano* [verbete] in *Dicionário histórico-biográfico da Primeira República*, cit.

(Muito bem.) » (108). Outras tentativas malogradas de revogar o decreto de banimento foram levadas a cabo ao longo da década de 1910, impulsionadas, em regra, pelo desígnio de trasladar os restos mortais de D. Pedro II e de Thereza Christina para o Brasil. O ambiente, porém, vinha se tornando paulatinamente mais favorável. Em 3 de setembro de 1920, o presidente Epitácio Pessoa — que fora representante do governo no caso do *habeas corpus* de 1903 — assinou o Decreto nº 4.120 que revogou o banimento da família imperial e autorizou « trasladar para o Brasil os despojos mortaes do ex-Imperador D. Pedro II e de sua esposa, D. Thereza Christina » (109).

Entre os comentaristas da constituição de 1891, é interessante notar algumas omissões.

Carlos Maximiliano, por exemplo, diz que « [s]ob a Republica o banimento não é pena; ha o desterro ocasional, medida política, afastamento provisório dos exaltados, remessa de conniventes da revolta, de um ponto do paiz para outro, durante o estado de sítio » (110). Menção unicamente a uma modalidade política que, em verdade, nem era banimento, pois mantinha os « exaltados » em território nacional. João Barbalho — que acabamos de ver participando de dois julgamentos envolvendo o decreto de banimento em 1898 e 1903 na condição de ministro do supremo tribunal federal — é absolutamente lacônico nos seus comentários à constituição:

(108) BRASIL, *Annaes do Congresso Nacional*, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1891a, Primeira sessão da primeira legislatura, Sessões de 1 a 31 de agosto de 1891, Vol. II, p. 125. E não espanta, também, a reação exaltada de Serzedello tendo em vista que, como militar, participara ativamente e diretamente da queda da monarquia. No fatídico dia 15 de novembro de 1889, por exemplo, para mencionar somente um episódio simbolicamente importante, « [o] marechal Deodoro atravessou o portão [do Quartel-General do Campo de Santana no Rio de Janeiro] e chegou ao adro, onde foi recebido pelos soldados comandados pelo capitão Ferraz. Desceu do cavalo e subiu as escadas, ao lado de Benjamin Constant e Serzedelo Correia. Chegando à sala onde se encontrava todo o ministério, ficou frente a frente com Ouro Preto, que, sem mais nada poder fazer, entregou-lhe o governo brasileiro ». T. VITÓRIA, *Correia, Serzedelo [verbete]*, in *Dicionário histórico-biográfico da Primeira República*, cit.

(109) Para mais detalhes sobre o processo de revogação do banimento da família imperial, cf. FAGUNDES, *As 'batalhas'*, cit.

(110) C. MAXIMILIANO, *Commentarios Constituição Brasileira*, Rio de Janeiro, Jacintho Ribeiro dos Santos, 1918, pp. 731-732.

limita-se a mencionar o parecer da comissão dos 21 que propôs a « humanitária abolição » da pena de banimento ⁽¹¹¹⁾. Nessa mesma linha, Ruy Barbosa elogia a constituição de 1891, que, « inspirando-se em sentimentos mais humanos (...), aboliu o banimento » ⁽¹¹²⁾. De resto, todo o fragmento sobre o « banimento de estrangeiro » ⁽¹¹³⁾, na verdade, era uma grande crítica à expulsão de estrangeiros ⁽¹¹⁴⁾. Os casos de expulsão só se aproximavam verdadeiramente do banimento quando entrava em jogo a discussão sobre a nacionalidade do réu (o que não raro aconteceu) ⁽¹¹⁵⁾.

Demonstrar que o réu era brasileiro e não estrangeiro em um caso de expulsão era uma arma de defesa eficiente. Mas, se existia a possibilidade de banimento político, por qual razão não existem sinais de que o governo tenha lançado mão do mesmo expediente utilizado contra a família imperial nessas situações? Se os argumentos jurídicos pudessem ser descontextualizados, não haveria impedimento para tanto. Porém, historicamente, os sentidos possíveis do conceito de banimento não chegavam a esses casos, incomparáveis em termos de excepcionalidade à situação da família imperial. Os sentidos possíveis da exceção — no plano histórico-cultural, antes mesmo do estritamente jurídico — não chegavam a tanto.

⁽¹¹¹⁾ J. BARBALHO, *Constituição Federal Brasileira: commentarios*, Rio de Janeiro, Briguiet, 1924, pp. 440-441.

⁽¹¹²⁾ R. BARBOSA, *Commentarios á Constituição Federal Brasileira*, Colligidos e ordenados por Homero Pires, São Paulo, Saraiva, 1934, Volume V, p. 191.

⁽¹¹³⁾ *Ibid.*, pp. 195-197.

⁽¹¹⁴⁾ Durante a argumentação de Ruy Barbosa, as distinções entre banimento e expulsão são claras, muito embora apareça a expressão « banimento de estrangeiro » e a (antiga) palavra deportação como sinônimo de expulsão.

⁽¹¹⁵⁾ O próprio Ruy Barbosa atuou como advogado em um caso desse tipo. Antonio da Costa Bolido, que foi atingido por um decreto de expulsão, depois revogado, pedia indenização do governo. A expulsão de Bolido se deu em 1900 por suspeita de envolvimento na Revolta da Armada (1893-1894) e em agitações contra o governo Campos Sales (1898-1902). O governo alegou que o expulsou por julgar que ele fosse português. Nas razões do advogado Ruy Barbosa expendidas na apelação contra a decisão desfavorável de primeiro grau, ele argumentou que o banimento foi abolido pela Constituição de 1891 e que a expulsão, no caso, configurava um banimento. R. BARBOSA, *Deportação de um Brasileiro*, in *Obras Completas de Rui Barbosa*, organizado por José Câmara, Rio de Janeiro, Ministério da Educação e da Saúde, 1958, Vol. XXXIII, Tomo II, Trabalhos jurídicos, pp. 5-11.

4. *O indefinível perímetro da exceção.*

Final de 1930. Os consensos que garantiam a estabilidade do sistema político consubstanciado na constituição de 1891 estavam prestes a ruir. Outubro de 1930. Um movimento político-militar se alastra pelo país, capitaneado pelo candidato derrotado nas eleições de março de 1930, Getúlio Vargas, e sob a chefia militar do tenente-coronel Góes Monteiro. Vargas assume o comando do governo provisório em novembro do mesmo ano ⁽¹¹⁶⁾. Governo que duraria até 1937, quando o mesmo Vargas articula o golpe que o alçaria à condição de ditador no regime do Estado novo (1937-1945) ⁽¹¹⁷⁾. Entre 1933 e 1934, porém, houve a tentativa mais séria de restabelecer a normalidade institucional que resultou na constituição de 1934.

O art. 113, §29 dessa constituição dizia que « [n]ão haverá pena de banimento, morte, confisco ou de caráter perpétuo, ressalvadas, quanto à pena de morte, as disposições da legislação militar, em tempo de guerra com país estrangeiro ». Banimento em sentido genérico, sem a qualificação ‘judicial’. E a guerra só autorizaria o uso da pena de morte. Com algumas pequenas mudanças na redação, o conteúdo desse artigo já estava no projeto inicial do governo apresentado à assembleia nacional constituinte em 16 de novembro de 1933 ⁽¹¹⁸⁾. O tema não apaixonou os constituintes, mas chegou a ser proposta uma emenda — que foi rejeitada — modificando radicalmente a orientação inicial do projeto nesse quesito: « [f]ica instituída a pena de morte nos seguintes casos: para os militares em tempo de guerra, conforme a legislação existente, para os crimes de morte de excepcional gravidade e para os desvios de dinheiro

⁽¹¹⁶⁾ Para uma boa síntese sobre a queda da Primeira República (1889-1930), sempre preocupada, também, em expor as principais interpretações historiográficas existentes sobre o assunto, cf. M. DE M. FERREIRA, S.C.S. PINTO, *A crise dos anos 1920 e a Revolução de 1930*, in *O Brasil Republicano — o tempo do liberalismo excludente*, cit.

⁽¹¹⁷⁾ Para boas sínteses sobre o regime do Estado novo, cf. M.C. D’ARAÚJO, *O Estado Novo*, Rio de Janeiro, Zahar, 2000 e M.H. CAPELATO, *O Estado Novo: o que trouxe de novo?*, in *O Brasil republicano: o tempo do nacional-estatismo — do início da década de 1930 ao apogeu do Estado Novo (livro 2)*, organizado por J. Ferreira e L. de A.N. Delgado, Rio de Janeiro, 2013⁶.

⁽¹¹⁸⁾ BRASIL, *Annaes da Assembléa Nacional Constituinte*, Rio de Janeiro, Imprensa Oficial, 1935, Volume I, p. 158.

público, a partir de cem contos de réis, vigorando, em relação às quantias inferiores, a legislação comum » (119). A justificativa para a parte que nos interessa era a seguinte: « [a] pena de prisão perpétua e a de banimento, estabelecidas pelo anteprojeto, devem ficar para o estudo e deliberação da futura Camara Federal que, em tal época, resolverá sobre a sua aceitação ou repulsa » (120). Simples homenagem a uma constituição mais enxuta? Tendo em vista que a emenda previa a pena de morte para casos de homicídio particularmente graves (praticamente uma restauração do artigo 192 do código criminal de 1830) e detalhava até mesmo o valor a partir do qual o desvio de dinheiro público deveria ser punido com a morte, o mais provável é que os autores da emenda vissem no banimento uma pena razoável e que deveria ser cominada.

Mas o problema da exceção não se resolve tão facilmente com uma palavra (ou com a ausência de uma palavra) no texto constitucional. O que poderia impedir o banimento de retornar como medida « extra-constitucional »? Uma penalidade que nos coloca no centro da tensão entre direito e política em vários sentidos: uma exceção na luta contra os inimigos da ordem vigente, por exemplo (121). No contexto histórico-cultural sobre o qual nos debruçamos, porém, o banimento aparecia como uma espécie de substituto para penas gravíssimas, como a morte ou a prisão perpétua. Esse é o perímetro da exceção traçado no contexto histórico-cultural aqui estudado — mas indefinível juridicamente, se quisermos recordar Carl Schmitt (122) — que fazia do caso do banimento da família imperial um caso único. O problema é que, talvez, esse limite dos

(119) *Ibid.*, Volume III, p. 560.

(120) *Ibidem.*

(121) Em um sentido mais abrangente, o historiador do direito Massimo Meccarelli aborda a exceção na modernidade como um âmbito em que « o direito cede o passo para a política », enquanto no velho *ius commune* a exceção seria « o âmbito no qual se acolhe as novas tendências em ato para torná-las compatíveis com os princípios fundamentais ». MECCARELLI, *Regimes jurídicos de exceção*, cit., p. 98.

(122) Em seu famoso texto « Definição de soberania », depois de iniciar com a sua conhecida afirmação « soberano é quem decide sobre o estado de exceção », Schmitt procura definir a exceção dizendo que « o excepcional é o que não se pode subsumir; que escapa a toda determinação geral, porém, ao mesmo tempo, desnuda em toda a sua pureza um elemento especificamente jurídico, a decisão ». C. SCHMITT, *Definición de*

sentidos possíveis de um instituto jurídico só possa ser traçado com alguma segurança *a posteriori*, pelo historiador.

Limites, aliás, que tornariam a se modificar algumas constituições depois quando, sob a ditadura militar instaurada em 1964⁽¹²³⁾, vários decretos de banimento foram emanados entre 1969 e 1971 em nome da « segurança nacional »⁽¹²⁴⁾. O ato institucional nº 13 de 5 de setembro de 1969 reintroduziu o banimento no país. Nesse novo contexto, reencontraremos a mesma expressão « extra-constitucional » em artigo do então consultor jurídico do ministério da justiça sobre o « banimento e seus efeitos »:

[a]inda que a Lei Maior não restringisse a expressão [banimento] pela sua judicialidade, é claro que as razões de Estado permaneceriam em sua forma *extra-constitucional*. Para não aplicar esta conclusão a hipótese semelhante, basta, argumentando, formular circunstância igual, isto é, se a família imperial, agora, representasse ameaça à República, poderia ser banida, ainda que a Constituição houvesse abolido a medida, que estaria fora da Lei Magna, mas não seria contra ela. Aliás, a imprevisibilidade política veio, historicamente, proporcionar novas razões de Estado para o nóvel banimento do Ato Institucional nº 13⁽¹²⁵⁾.

A diferença é que, na argumentação de Ruy Barbosa, a expressão ‘judicial’ inscrita no texto constitucional em 1891, apesar de tudo, importava. De qualquer forma, é bem verdade que, na ditadura militar, o próprio lugar da constituição na hierarquia do

soberanía, in ID., *Teología política*, Traducciones de Francisco Javier Conde y Jorge Navarro Pérez, Madrid, Trotta, 2009, pp. 13-18.

⁽¹²³⁾ Sobre o golpe de 1964, cf. a boa síntese de C. FICO, *O golpe de 1964: momentos decisivos*, São Paulo, FGV, 2014.

⁽¹²⁴⁾ Sobre segurança nacional e regimes de exceção no Brasil entre 1935 e 1985 com ênfase na dimensão jurídica, cf. A. DAL RI JÚNIOR, *Sicurezza nazionale e regime di eccezione in Brasile dall'Estado Novo alla dittatura militare (1935-1985)*, in *Le regole dell'eccezione. Un dialogo interdisciplinare a partire dalla questione del terrorismo*, a cura di Massimo Meccarelli, Paolo Palchetti, Carlo Sotis, Macerata, Edizioni Università di Macerata, 2011, pp. 364-365. Especificamente sobre o banimento, cf. J.R. LUIZ, *Brasil: Deixe-o. Considerações acerca do instituto do Banimento Político e sua aplicação na Ditadura Civil-Militar Brasileira (1969-1979)*, in *Anais do XXVI Simpósio Nacional de História*, São Paulo, ANPUH, julho 2011 e a continuação desta pesquisa: R. SONTAG, T.E.Q. FERREIRA, V.M. JACOB, *Banimento 'em sua forma extra-constitucional' e cultura jurídica no Brasil (1969-1978)*, in « Revista Culturas Jurídicas », 4 (jan-abr 2017), 7.

⁽¹²⁵⁾ R. POLETTI, *Notas sobre o Banimento e seus efeitos*, in « Arquivos do Ministério da Justiça », jan-mar, 33 (1976), 137, pp. 94-95.

ordenamento jurídico sofreu mudanças. Basta lembrar que um ato institucional — de número 14 — emanado pelos « ministros de Estado da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar » no mesmo dia do já referido ato institucional n° 13 modificou o texto constitucional para permitir o uso do banimento em casos de « guerra externa psicológica adversa, ou revolucionária ou subversiva ».

Em suma, o banimento nos coloca diante das difíceis relações entre direito e política. No nosso caso, mais especificamente, o banimento assinala mais um dos diversos níveis de instrumentalização política das formas jurídicas no âmbito do direito moderno, em que o próprio legalismo parece ser o primeiro deles ⁽¹²⁶⁾, mas somente o primeiro.

⁽¹²⁶⁾ Sobre a subordinação do direito à política no contexto do legalismo moderno, cf. as provocativas páginas de P. GROSSI, *Mitologias Jurídicas da Modernidade*, tradução de Arno Dal Ri Júnior, Florianópolis, Boiteux, 2007².

GUIDO BONINO-GIOVANNI DAMELE (*)

DIVERGENZE TEORICHE E VITE PARALLELE
GUSTAV BERGMANN, HANS KELSEN
E LA TEORIA PURA DEL DIRITTO

1. Introduzione. — 2. Kelsen in America. — 3. Kelsen, Kant e gli epigoni. —
4. Bergmann: un profilo. — 5. La critica a Kelsen. — 6. Una fase di transizione?

1. *Introduzione.*

Quando fu costretto a trasferirsi negli Stati Uniti nel 1940, Hans Kelsen sapeva, probabilmente, che la fama che lo precedeva gli avrebbe permesso di godere, nella comunità giuridica americana, di unanime considerazione. Tuttavia, a tale prestigio non fece riscontro un'altrettanto unanime accettazione delle sue teorie, la cui influenza nell'ambiente giuridico-filosofico statunitense sarebbe rimasta un fenomeno marginale. I motivi di tale marginalità sono noti e sono stati oggetto di varie ricostruzioni. In primo luogo, l'influenza del realismo giuridico e le (incipienti) fortune della filosofia analitica oltreoceano privavano la teoria del diritto kelseniana di buona parte del contesto filosofico e giuridico nel quale si era sviluppata. L'influenza neokantiana, in particolare, rendeva il linguaggio kelseniano scarsamente appetibile in una comunità giuridica, come quella americana, che aveva ormai visto affermarsi gli approcci realisti ed empiristi all'analisi del diritto. Si potrebbe dire, insomma, che il pensiero di Kelsen appariva ancora troppo 'continentale' agli occhi degli americani tanto dal punto di vista filosofico, quanto dal punto di vista giuridico.

(*) Guido Bonino è autore dei paragrafi 4 e 5, Giovanni Damele è autore dei paragrafi 2, 3 e 6. Il primo paragrafo è frutto di riflessione comune.

Un recente libro ⁽¹⁾ dedicato alla ricezione del pensiero kelseniano negli Stati Uniti ha messo in luce molti aspetti di queste fondamentali ambiguità. Essi vanno certamente letti anche alla luce dei tentativi di periodizzazione dell'opera kelseniana, compiuti soprattutto da Stanley Paulson ⁽²⁾, il quale ha inteso mettere in luce un processo di progressiva ma complessa 'emancipazione' della teoria pura del diritto dalle influenze neokantiane. Un processo probabilmente avvenuto anche sotto le sollecitazioni del contesto accademico e giuridico americano.

Appaiono perciò particolarmente interessanti, ai fini della ricostruzione della ricezione della teoria kelseniana in America, tre articoli a essa dedicati dal filosofo austriaco (anch'egli emigrato negli Stati Uniti) Gustav Bergmann e pubblicati su « Ethics » tra il 1945 e il 1947, negli anni, cioè, che coincidono con e immediatamente seguono la pubblicazione, avvenuta appunto nel 1945, della *General Theory of Law and State* ⁽³⁾. Com'è noto, la *General Theory* venne concepita da Kelsen come un'ampia riconfigurazione dell'impianto teorico della teoria pura del diritto, con l'intento in primo luogo di farla conoscere nel contesto giuridico-accademico americano. Recensendo il libro, Bergmann non tralascia di notare come esso fosse stato scritto in tedesco e solo in seguito tradotto in inglese. Un aspetto non superficiale, dal punto di vista dello stesso Bergmann: bersaglio critico dei suoi articoli, come vedremo, è proprio la

⁽¹⁾ *Hans Kelsen in America — Selective Affinities and the Mysteries of Academic Influence*, a cura di D.A.J. Telman, Cham, Springer, 2016.

⁽²⁾ In questo articolo si farà riferimento, in particolare a *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, a cura di S.L. Paulson e B. Litschewski Paulson, Oxford, Clarendon Press, 1998; S.L. PAULSON, *Four Phases in Hans Kelsen's Legal Theory? Reflections on a Periodization* (recensione a C. Heidemann, *Die Norm als Tatsache. Zur Normentheorie Hans Kelsens*), in « Oxford Journal of Legal Studies », 18 (1998), 1, pp. 153-166; Id., *Arriving at a Defensible Periodization of Hans Kelsen's Legal Theory*, in « Oxford Journal of Legal Studies », 19 (1999), 2, pp. 351-364; Id., *Metamorphosis in Hans Kelsen's Legal Philosophy*, in « The Modern Law Review », 80 (2017), 5, pp. 860-894.

⁽³⁾ G. BERGMANN, recensione a W. Ebenstein, *The Pure Theory of Law*, in « Ethics », LVI (1945), 1, pp. 71-72; G. BERGMANN, L. ZERBY, *The Formalism in Kelsen's Pure Theory of Law*, in « Ethics », LV (1945), 2, pp. 110-130 (su Lewis Zerby cfr. *infra* par. 5 e in part. la n. 40); G. BERGMANN, recensione a H. Kelsen, *The General Theory of Law and State*, in « Ethics », LVII (1947), 3, pp. 213-215.

difficoltà kelseniana a liberarsi da un linguaggio filosofico ‘tedesco’ che costituisce, ai suoi occhi, il principale limite della teoria pura del diritto, accrescendone le ambiguità. Si può dire insomma che Bergmann abbia voluto porre in evidenza, nel momento in cui la teoria pura kelseniana si presentava all’ambiente accademico e giuridico americano, le difficoltà e le ambiguità con le quali, in un certo senso, lo stesso Kelsen dovrà confrontarsi nell’ultima fase della sua produzione scientifica.

Questo articolo intende, semplicemente, ricostruire il contesto che ha condotto Bergmann, il quale non era un giurista di professione, a recensire e commentare la teoria del diritto kelseniana. Il secondo paragrafo accennerà brevemente alla vicenda della ricezione della teoria pura nel contesto giuridico-accademico statunitense. Il terzo approfondirà brevemente alcuni aspetti del neokantismo kelseniano centrali per comprendere la critica di Bergmann, collocandoli nel contesto delle ‘fasi’ del pensiero kelseniano. Il quarto e il quinto saranno dedicati a Bergmann: ai tre testi critici e al loro contesto teorico. Il sesto, infine, inquadrerà la critica bergmanniana alla luce della fase cruciale dello sviluppo del pensiero kelseniano che occupa i decenni Quaranta e Cinquanta.

Concludendo l’articolo scritto con Lewis Zerby, Bergmann accostava Kelsen a Weber: due autori che compiono uno « sforzo vigoroso » in direzione della fondazione di una scienza sociale oggettiva. In questo sforzo, che Bergmann rappresenta come un percorso « verso Ovest », né l’uno né l’altro sarebbero riusciti a liberarsi della « superflua complessità » della « metafisica tedesca » (4). Nel caso di Weber, morto nel 1920 nel pieno della sua produzione intellettuale, tale percorso di liberazione dalle ‘pastoie metafisiche’, nota Bergmann, sarebbe stato in qualche modo portato a compimento dai teorici anglosassoni che ne hanno sviluppato il pensiero. Quanto a Kelsen, che sarebbe vissuto ancora quasi trent’anni, si può dire, in un certo senso, che abbia intrapreso lo stesso percorso autonomamente.

(4) BERGMANN, ZERBY, *The Formalism in Kelsen’s Pure Theory of Law*, cit., p. 130.

2. *Kelsen in America.*

Nato a Praga nel 1881, Hans Kelsen visse buona parte della sua carriera accademica a Vienna, dove la famiglia si era trasferita già nel 1884. Fu nell'università dell'allora capitale asburgica che egli ottenne, nel 1911, il primo incarico come *Privatdozent* di filosofia del diritto e dello Stato (*Staatsrecht und Rechtsphilosophie*) e che, dopo la prima guerra mondiale, fu nominato professore *Extraordinarius* (nel 1918) e *Ordinarius* (1919) di diritto pubblico e amministrativo (*Staats- und Verwaltungsrecht*). Nota è anche la sua attività fondamentale nella configurazione istituzionale della neonata Repubblica Austriaca e in particolare nella creazione della Corte Costituzionale austriaca, della quale fu membro dal 1921 al 1930 ⁽⁵⁾. Gli anni viennesi di Kelsen coincisero quindi con uno dei periodi più turbolenti ma anche intellettualmente più vivaci della storia della capitale austriaca: quella che è stata definita come l'epoca aurea del *modernismo* viennese, sulla quale Kelsen ha esercitato, nel suo ambito di studi, un'influenza centrale ⁽⁶⁾. Dal punto di vista filosofico, è sufficiente citare l'importanza cruciale del Wiener Kreis, con il quale Kelsen ebbe, anche attraverso alcuni dei suoi allievi ⁽⁷⁾, diversi punti di contatto e del quale fece parte anche l'altro protagonista di questo articolo, Gustav Bergmann.

Gli anni successivi al 1930 furono, invece, anni travagliati per Kelsen, a causa del difficile clima politico austriaco, prima, e delle persecuzioni legate tanto alle sue posizioni politiche quanto alle sue origini ebraiche ⁽⁸⁾, poi. L'opposizione del Partito Cristiano Sociale austriaco alla sua attività di giudice costituzionale lo spinse infatti alle dimissioni e a un primo trasferimento, nel 1930, a Colonia. Qui, dopo soli tre anni, fu costretto ad abbandonare l'incarico presso la

⁽⁵⁾ Cfr. D.A.J. TELMAN, *Introduction: Hans Kelsen for Americans*, in *Hans Kelsen in America*, cit., p. 2 e ss., con rif. in part. a R.A. MÉTALL, *Hans Kelsen: Leben und Werk*, Vienna, Verlag Franz Deuticke, 1969.

⁽⁶⁾ C. JABLONER, *Kelsen and his Circle: The Viennese Years*, in «European Journal of International Law», 1998, 9, pp. 368-385.

⁽⁷⁾ In particolare, Felix Kaufmann; sui rapporti tra Kelsen e il Circolo di Vienna cfr., tra l'altro, ivi, pp. 378-382.

⁽⁸⁾ Kelsen, nato a Praga in una famiglia germanofona della media borghesia ebraica, si era convertito al cattolicesimo già nel 1905, nel periodo in cui lavorava alla sua dissertazione dottorale sulla *Teoria dello Stato in Dante*, e al protestantesimo luterano nel 1911, subito prima del matrimonio con Margarete Bondi (1890-1973).

locale università a causa delle sue origini ebraiche e a trasferirsi nuovamente, questa volta a Ginevra dove, nel 1934, pubblicò la prima edizione della *Teoria pura del diritto*.

Quando il quasi sessantenne Kelsen e sua moglie Margarete lasciavano Ginevra, ormai circondata da un'Europa in guerra, nella primavera del 1940 e raggiungevano gli Stati Uniti, la sua fama come teorico del diritto era, dunque, ormai più che consolidata. Nel Nuovo Mondo egli avrebbe trovato, però, un ambiente allo stesso tempo incline a riconoscerne l'autorevolezza di studioso e poco propenso ad accogliere la sua grande architettura teorica. Né si può dire che il trasferimento sia stato, anche dal punto di vista accademico, del tutto agevole. Non avendo ottenuto un incarico permanente in una facoltà di diritto, Kelsen ricevette inizialmente il sostegno della Rockefeller Foundation, grazie al quale poté insegnare alla Harvard Law School. Soltanto nel 1945 ottenne un incarico, significativamente nel Department of Political Sciences, a Berkeley, dove concluse la sua carriera accademica e anche, nel 1973, la sua esistenza ⁽⁹⁾.

In questo contesto, è sufficiente fare un veloce riferimento alle ragioni della scarsa (o nulla) accoglienza incontrata dalla teoria pura kelseniana nell'ambiente giuridico e accademico americano. Come si è già detto, l'ambiente giuridico e quello più specificatamente filosofico-giuridico apparivano estranei ai contenuti e alle forme della riflessione kelseniana. La consolidata base teorica fornita dal realismo giuridico americano e dal pensiero di giuristi come Karl Llewellyn e Oliver Wendell Holmes costituivano un primo, notevole ostacolo, che può essere velocemente riassunto con le note parole di Harold Laski il quale, riprendendo il celebre 'motto' holmesiano sulla vita del diritto come esperienza e non come logica, qualificava la teoria pura come uno sterile esercizio di logica, che non riguarda la « vita » del di-

(9) Sulle difficoltà di Kelsen a ottenere un incarico permanente negli Stati Uniti si veda, tra l'altro, H. KELSEN, *Autobiografia* (1947), p. 135 e ss., in ID., *Scritti Autobiografici*, trad. e cura di M.G. Losano, Reggio Emilia, Diabasis, 2008 e C. NITSCH, « *Holmes Lectures, 1940-41* ». *Studio storico-critico su Kelsen in America*, in H. KELSEN, *Diritto e pace nelle relazioni internazionali. Le Oliver Wendell Holmes Lectures, 1940-1941*, a cura di C. Nitsch, Milano, Giuffrè, 2009, pp. VIII-XXXI.

ritto ⁽¹⁰⁾. L'accusa a Kelsen di aver prodotto una teoria aridamente 'formalista' (che, come vedremo, sarà ripresa, con maggiore profondità analitica, da Bergmann) era quindi già un luogo comune, più o meno fondato, nel contesto filosofico giuridico americano. A ciò si aggiunga, e anche a questo si è già fatto accenno, la percepita estraneità della riflessione kelseniana precedente agli anni Quaranta rispetto a un contesto di *common law*. È stata infine notata, anche, l'influenza di un contesto accademico come quello americano, così differente da quello europeo continentale e nel quale l'insegnamento giuridico prescindeva in buona parte dall'approccio filosofico, facendo sì che gli studenti delle facoltà giuridiche americane non avessero né la preparazione né l'interesse per affrontare un insegnamento condotto nei termini astratti dei 'principi fondamentali' del diritto ⁽¹¹⁾.

Si tratta di questioni note e largamente discusse sulle quali non vale la pena dilungarsi. Esse stabiliscono, appunto, le coordinate della ricezione della teoria pura kelseniana, coordinate sulle quali si allinea l'intervento di Gustav Bergmann, usando come punto di appoggio il tema del 'neokantismo' kelseniano.

3. *Kelsen, Kant e gli epigoni.*

Come si vedrà in seguito, dunque, uno dei principali obiettivi polemici di Bergmann è il 'neokantismo' di Kelsen, ossia la matrice filosofica che più marcatamente caratterizza l'elaborazione filosofico-giuridica kelseniana, in particolare dagli anni Venti e fino, grosso modo, agli anni Cinquanta. In una lettera scritta nel 1933 a Renato Treves, in occasione della traduzione italiana del *Grundriß einer allgemeinen Theorie des Staates* del 1926, Kelsen riconosceva la correttezza della lettura neokantiana della propria teoria, facendo esplicito riferimento, in particolare, a Hermann Cohen ⁽¹²⁾. Per

⁽¹⁰⁾ « Granted its postulates, I believe the pure theory to be unanswerable but I believe also that its substance is an exercise *in logic and not in life* »: H. LASKI, *A Grammar of Politics*, London, Allen & Unwin, 1938, p. vi, cit. in TELMAN, *Introduction: Hans Kelsen for Americans*, cit., p. 3.

⁽¹¹⁾ TELMAN, *Introduction: Hans Kelsen for Americans*, cit., p. 4.

⁽¹²⁾ « È del tutto vero che il fondamento filosofico della dottrina pura del diritto è la filosofia di Kant, precisamente nell'interpretazione che ne è stata data da Cohen. A

quest'ultimo, notava Kelsen, la *Critica della ragion pura* andava intesa come una « teoria dell'esperienza ». La teoria pura kelseniana, da questo punto di vista, non rappresentava che un'applicazione — anzi, la più « fruttuosa » applicazione, nelle parole dello stesso Kelsen — del « metodo trascendentale » in ambito giuridico. Essa è « empirista », continuava Kelsen, proprio nel senso in cui è empirista la filosofia trascendentale kantiana o, affermava altrove, « nel senso *proprio* della gnoseologia kantiana », per cui « la scienza del diritto, intesa come conoscenza del diritto, come tutte le conoscenze ha carattere costitutivo e quindi 'produce' il proprio oggetto nella misura in cui lo concepisce come un tutto intelligibile. Come il caos delle percezioni sensoriali diviene cosmo (cioè natura intesa come sistema unitario) grazie alla conoscenza scientifica che vi introduce l'ordine, così la massa delle norme giuridiche generali e individuali, statuite dagli organi giuridici, cioè il materiale offerto alla conoscenza giuridica, diviene un sistema unitario e coerente, cioè un ordinamento giuridico, grazie all'attività conoscitiva della scienza giuridica » (13). L'atto cognitivo crea quindi il suo oggetto, nel senso di una « creazione epistemologica » e non in quello della « produzione di oggetti mediante il lavoro umano » o della « produzione del diritto da parte dell'autorità giuridica » (14). Così, la separazione kelseniana tra *Sein* e *Sollen* era funzionale a garantire la costruzione di una teoria *pura* del diritto, attraverso l'introduzione di una categoria trascendentale (apparte-

tal proposito riveste la massima importanza il fatto che io, così come Cohen ha inteso la *Critica della ragion pura* di Kant come una teoria dell'esperienza, cerco di applicare il metodo trascendentale ad una teoria del diritto positivo » (H. KELSEN, *Dottrina pura del diritto, 'labandismo' e neokantismo. Una lettera a Renato Treves*, in H. KELSEN, R. TREVES, *Formalismo giuridico e realtà sociale*, a cura di S. Paulson, Napoli, Esi, 1992, p. 52). Sulle influenze neokantiane sull'opera di Kelsen si veda anche S. PAULSON, *The Neo-Kantian Dimension of Kelsen's Pure Theory of Law*, in « Oxford Journal of Legal Studies », 12 1992, 3, pp. 311-332.

(13) H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1966, p. 89. C.v.o mio.

(14) Ivi; cfr. anche B. CELANO *La teoria del diritto di Hans Kelsen. Una introduzione critica*, Bologna, il Mulino, 1999, n. 54, pp. 134-135 e PAULSON, *Metamorphosis in Hans Kelsen's Legal Philosophy*, cit., n. 86, p. 881.

nente al mondo del *Sollen* appunto, cioè l'imputazione [*Zurechnung*] analoga a quella di causalità ⁽¹⁵⁾.

Kelsen poteva allora rivendicare, nella lettera a Treves, di essere giunto laddove Cohen, e lo stesso Kant, non avevano voluto, traendo le dovute conseguenze dei loro presupposti teorici anche nel campo della filosofia del diritto. Proprio come Kant, infatti, Cohen non poteva essere disposto ad accettare l'inevitabile esito relativistico, sul piano etico, dell'introduzione di una categoria *puramente formale* della validità *a priori* nell'ambito delle « norme positive che determinano la vita sociale ». In tal modo, tanto Kant, quanto il suo epigono, finivano per rifugiarsi nuovamente in una filosofia del diritto di stampo giusnaturalistico, non comprendendo che, nel sistema ideale della filosofia kantiana, solo una teoria del diritto positivo poteva idealmente corrispondere a una teoria della natura *in quanto* esperienza ⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁵⁾ Tra i diversi passi kelseniani sul punto, basta qui citare la nota pagina della prima edizione della *Reine Rechtslehre*: « Come la legge naturale connette un determinato fatto come causa a un altro come effetto, così la legge giuridica connette la condizione con la conseguenza del diritto (cioè con la così detta conseguenza dell'illecito). Nell'un caso la forma della connessione dei fatti è la causalità, nell'altro è l'imputazione in cui la dottrina pura del diritto ravvisa la speciale struttura del diritto. Come l'effetto è attribuito alla sua causa, così la conseguenza giuridica è attribuita alla sua condizione giuridica, ma quella non può essere causalmente prodotta da questa. La conseguenza del diritto (o della violazione del diritto) è imputata alla condizione giuridica. [...] L'espressione di questo rapporto designato come 'imputazione' [...] non è altro che il dover essere (*das Sollen*) con cui la dottrina pura del diritto rappresenta il diritto positivo; così come la necessità (*das Müssen*) è l'espressione della legge di causalità. [...] La legge naturale dice: Se c'è *A* deve necessariamente (*muß*) esserci *B*; la legge giuridica dice: Se c'è *A* deve (*soll*) esserci *B*, senza che, con ciò, essa dica nulla del valore, cioè del valore morale o politico, di questo rapporto. In tal modo il dovere continua a sussistere come categoria relativamente *a priori* per la comprensione del materiale giuridico empirico » (H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1967, pp. 63-64). Cfr. PAULSON, *Metamorphosis in Hans Kelsen's Legal Philosophy*, cit., p. 882 e l'idea del 'filtro Kantiano': « Kelsen si confronta con la legge di Hume, con il problema di come sia possibile passare da un insieme di proposizioni descrittive, fattuali a una che contiene una componente normativa. Mentre Hume ritiene tale passaggio impossibile, Kelsen torna a Kant — o, più precisamente, a quello che interpreta come il filtro kantiano » [trad. mia]. Per una critica della distinzione kelseniana tra *Sein* e *Sollen* cfr. anche L. FERRAJOLI, *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Roma-Bari, Laterza, 2015, pp. 3-26.

⁽¹⁶⁾ KELSEN, *Dottrina pura del diritto, 'labandismo' e neokantismo*, cit., p. 52. Cfr. anche ID., *L'idea di diritto naturale e l'essenza del diritto positivo*, Appendice a ID., *Teoria generale del diritto e dello stato*, Milano, Etas, 2000, pp. 452-453: « La lotta che

Come ha efficacemente riassunto Paulson, la presupposizione della categoria del *Sollen* è insomma una diretta conseguenza e insieme un irrinunciabile presupposto del postulato della ‘purezza’, il quale costituisce a sua volta il punto di partenza della teoria kelseniana, precludendo ogni esito non soltanto in direzione del giusnaturalismo, ma soprattutto di qualsiasi tipo di positivismo giuridico basato su *fatti* sociali. Tale presupposto funzionava, insomma, da fondamento filosofico per introdurre da un lato la radicale distinzione tra la scienza normativa e le scienze sociali (in particolare la sociologia) basate su proposizioni fattuali, dall’altro il loro parallelismo in quanto scienze descrittive (di norme, l’una, di fatti le altre).

Questo brevissimo (e certamente sommario) accenno ai presupposti kantiani della filosofia del diritto kelseniana dev’essere inteso al solo fine di inquadrare proprio i tre obiettivi polemici di Bergmann, i quali appaiono nella teoria di Kelsen intimamente e inevitabilmente legati: l’ossessione per la ‘purezza’ della teoria, la distinzione tra *Sein* e *Sollen* e la separazione tra *Kulturwissenschaften* e *Naturwissenschaften* (per quanto, in questo caso, come vedremo, la distinzione vada riarticolata, dal punto di vista di Kelsen, alla luce della distinzione tra la scienza giuridica come scienza normativa e la sociologia — del diritto — come scienza esplicativa). Tre aspetti, appunto, intimamente e inevitabilmente legati proprio in ragione delle premesse neokantiane della filosofia del diritto kelseniana. Ciò che Bergmann intenderà sottolineare, insomma, sarà proprio il contrasto tra tali premesse e le ambizioni analitiche della stessa teoria del diritto kelseniana. Donde le pesanti bordate rivolte contro

[Kant] [...] sostenne contro la metafisica [...] non venne da lui spinta effettivamente fino alle sue estreme conclusioni. [...] La funzione che la ‘cosa in sé’ riveste nel suo sistema rivela una buona dose di trascendenza metafisica. Per questa ragione, non troviamo in lui una franca e inequivocabile confessione di relativismo, che costituisce l’inevitabile conseguenza di ogni reale eliminazione della metafisica. [...] E ciò è ancor più evidente nella sua filosofia della pratica. Proprio qui, dove è il centro della dottrina cristiana, il dualismo metafisico di questa, quello stesso dualismo che Kant aveva così persistentemente combattuto nella sua filosofia teoretica, ne ha completamente invaso il sistema. A questo punto Kant ha abbandonato il suo metodo della logica trascendentale. [...] Accadde così che Kant, la cui filosofia trascendentale era eccellentemente destinata a provvedere i fondamenti di una dottrina giuridica e politica positivista, rimase, come filosofo del diritto, nel solco della dottrina giusnaturalistica ».

la 'sbornia' metafisica (« Kelsen's bothersome metaphysics », « simply pedantry, a hangover from German metaphysics »⁽¹⁷⁾) che Bergmann ravvisava nei testi di quello stesso Kelsen che, nella lettera a Treves citata sopra, rivendicava con un certo orgoglio il superamento, operato dalla sua teoria pura del diritto, degli ultimi residui metafisici che ancora inquinavano la filosofia kantiana e il neokantismo marburghese di Cohen. Si tratta di un paradosso apparente, poiché del tutto in linea con l'immagine suggerita da Bergmann in chiusura all'articolo scritto con Zerby: quella di un Kelsen rimasto a metà del guado e di una teoria kelseniana ancora pesantemente segnata da un linguaggio metafisico ereditato dalla cultura filosofica tedesca⁽¹⁸⁾. Significativo, dal punto di vista dell'analisi delle tensioni interne introdotte nella teoria pura del diritto dalla metafisica kantiana, è proprio il modo in cui Bergmann rileva la contraddizione kelseniana tra l'asserita impossibilità di interpretare l'etica come scienza e l'idea di una scienza giuridica come scienza di un « tipo particolare di oggettivo dover essere ». L'« ambiguità » dell'assiologia kelseniana (ossia della natura della teoria etica e delle sue relazioni con la teoria del diritto e con la sociologia, definita da Bergmann come « la scienza che si occupa delle ideologie »), sembra suggerire che l'etica filosofica altro non sia che mera ideologia: si tratta, nota Bergmann, di una « strana posizione » per un neokantiano⁽¹⁹⁾. Visto dal punto di vista di Bergmann, in altre parole, l'approccio giusnaturalistico di Cohen, criticato da Kelsen nella lettera a Treves, risolveva in realtà il rapporto tra etica e diritto in termini *kantianamente* più coerenti del preteso relativismo etico di Kelsen.

Per quanto concerne, infine, l'immagine di un Kelsen 'a metà del guado', occorre notare come tanto la recensione firmata da Bergmann della *General Theory of Law and State*, quanto l'articolo pubblicato in coautoria con Lewis Zerby si collochino in una fase cruciale dell'evoluzione del pensiero kelseniano, che è possibile collocare tra gli anni Quaranta e gli anni Cinquanta del secolo XX e che prelude alla pro-

(17) BERGMANN, recensione a H. Kelsen, *The General Theory of Law and State*, cit., p. 215.

(18) BERGMANN, ZERBY, *The Formalism in Kelsen's Pure Theory of Law*, cit., p. 130.

(19) Ivi, p. 111.

fonda revisione compiuta dall'ultimo Kelsen sul proprio edificio teorico (del periodo, cioè, incluso tra la *Teoria pura* del 1960 e la postuma *Teoria generale delle norme* pubblicata nel 1979). L'esatto carattere di questa fase — se possa essere qualificata come una fase di transizione o come una prima fondamentale svolta — è stato oggetto di discussione tra gli studiosi kelseniani ⁽²⁰⁾. Sicuramente, il trasferimento negli Stati Uniti coincise, non a caso, con l'affievolirsi dell'impronta neokantiana. Bruno Celano ha notato come nelle pubblicazioni in inglese di Kelsen si trovi 'scarsissima traccia' del neokantismo kelseniano ⁽²¹⁾. Bergmann avrebbe certamente escluso dall'elenco la *General Theory* del 1945, la cui prima stesura, come si è detto, era comunque in tedesco e che, soprattutto, gli appariva come scritta 'filosoficamente' in tedesco. Stanley Paulson ha fornito, nel tempo, una ricostruzione articolata della transizione di Kelsen dall'impianto neokantiano a un nuovo impianto teorico 'scettico'.

Com'è noto, reagendo alla quadripartizione dell'evoluzione del pensiero kelseniano compiuta da Heidemann (una prima fase costruttivista, una seconda — tra gli anni Venti e Trenta — propriamente trascendentale, una terza — intorno agli anni Quaranta e Cinquanta — realista e infine una quarta — l'ultimo Kelsen — analitico-linguistica), Paulson ha inizialmente proposto una tripartizione tra una prima fase costruttivista, una seconda — che include un ampio periodo dal 1922 al 1960 — trascendentale e infine una terza che corrisponde alla fase analitico-linguistica di Heidemann e che Paulson denomina 'scettica'. La seconda, tuttavia — ed è questo il punto che ci interessa — andrebbe ulteriormente suddivisa, secondo Paulson, in una prima fase 'classica' e una seconda — tra il 1935 e il 1960 — di transizione. La fase 'realista' del pensiero kelseniano, così come identificata da Heidemann, inizierebbe dopo la pubblicazione della prima *Teoria pura* (1934) e si protrarrebbe fino alla sua seconda edizione (1960), includendo quindi quest'ul-

⁽²⁰⁾ Il riferimento, in particolare, è alla controversia Heidemann-Paulson sulle 'fasi' del pensiero kelseniano. Cfr., tra l'altro, PAULSON, *Four Phases in Hans Kelsen's Legal Theory? Reflections on a Periodization*, cit.; Id., *Arriving at a Defensible Periodization of Hans Kelsen's Legal Theory*, cit.; C. HEIDEMANN, *Norms, Facts, and Judgments. A Reply to S.L. Paulson*, in « Oxford Journal of Legal Studies », 19 (1999), 2, pp. 245-350.

⁽²¹⁾ CELANO, *La teoria del diritto di Hans Kelsen*, cit., p. 134, n. 54.

tima e la *General Theory of Law and State* recensita da Bergmann. Fulcro di questa svolta epistemologica sarebbe l'interpretazione (implicitamente sostenuta) dell'attività cognitiva, nell'ambito della scienza giuridica, come una riproduzione descrittiva di oggetti previamente dati: una nozione in netto contrasto con la fase trascendentale di Kelsen, cioè con l'idea kantiana secondo cui l'atto cognitivo è caratteristicamente costitutivo, nel senso che 'produce' il suo oggetto. Punto di maturazione della svolta sarebbe quindi l'introduzione del termine *Rechtssatz* (proposizione di diritto) per designare « univocamente la proposizione con cui la scienza giuridica descrive una *Rechtsnorm* (una norma giuridica) » (22). Per Paulson, invece, tale fase non potrebbe essere qualificata come un'autentica svolta, non essendo possibile dividere nettamente, come fa Heide mann, tra una fase neo-kantiana basata sulla concezione secondo cui la norma giuridica è identica al giudizio ipotetico della scienza del diritto e una fase 'realista' nella quale, appunto, la norma non è prodotta dall'atto cognitivo ma soltanto riflessa, descritta o « descrittivamente riprodotta » dai giudizi della scienza del diritto. Più recentemente, Paulson ha riconosciuto, sì, l'esistenza di una « precoce rivoluzione » in senso humeano compiuta negli anni 1939/40 (23), seguita tuttavia da un « ritorno all'ordine » in direzione di una ripresa dell'impronta kantiana, ancorché parzialmente diluita. L'introduzione del termine *Rechtssatz* rappresenterebbe, secondo questa ricostruzione, una traccia permanente di tale temporanea rivoluzione. In realtà, gli effetti reali di un autentico, radicale ripensamento si farebbero sentire solo in seguito, e cioè a partire dal 1960, dopo la pubblicazione della seconda edizione della *Teoria pura*, con il radicale cambiamento di prospettiva di Kelsen sul tema dell'applicabilità della logica alle norme o, meglio, con il rigetto del parallelismo tra il principio di non contraddizione e il conflitto tra

(22) Cfr. M.G. LOSANO, *Avvertenza terminologica*, in KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, cit., pp. XCVI, XCVIII. Cfr. anche CELANO, *La teoria del diritto di Hans Kelsen*, cit., pp. 183-184, in par. n. 12.

(23) PAULSON, *Metamorphosis in Hans Kelsen's Legal Philosophy*, cit., p. 885 e ss.; Paulson fa qui riferimento, in particolare, a H. KELSEN, *Vergeltung und Kausalität. Eine soziologische Untersuchung*, The Hague-Chicago, W.P. Van Stockum & Zoon-University of Chicago Press, 1941.

norme. Sarebbe soltanto questa, autentica, svolta a fare finalmente crollare come un castello di carte tutta la costruzione neokantiana, facendo cedere, insieme a quel parallelismo, anche il corrispondente parallelismo tra *Sein* e *Sollen*, tra la categoria trascendentale della causalità e quella dell'imputazione.

Come si vedrà, in un certo senso le osservazioni critiche di Bergmann bene si adeguano alla ricostruzione di questa fase dello sviluppo del pensiero kelseniano compiuta da Paulson, indirizzate come sono a colpirne, soprattutto, i residui neokantiani ancora presenti. Per comprenderlo, vale allora la pena di dire qualcosa di più su Bergmann, sulla sua critica alla teoria kelseniana e sui suoi fondamenti filosofici.

4. *Bergmann: un profilo.*

Gustav Bergmann (1906-1987) ha condiviso con Kelsen la stazione di partenza e quella di arrivo del suo percorso di studioso: rispettivamente Vienna e gli Stati Uniti⁽²⁴⁾. Tuttavia, e non solo per ovvie ragioni anagrafiche, il trasferimento americano di Bergmann presenta certamente modalità più dimesse. Bergmann si era laureato in matematica all'università di Vienna nel 1928, sotto la guida del topologo Walther Mayer. Intanto, a partire dal 1926, aveva incominciato a frequentare le riunioni del Circolo di Vienna, invitato — a quanto pare — da Friedrich Waismann e Hans Hahn. Insieme a Kurt Gödel, Bergmann era il più giovane membro del circolo, e probabilmente la sua partecipazione si limitava a un ruolo perlopiù passivo. Nel 1930-31 Bergmann andò a lavorare a Berlino al seguito del suo maestro Walther Mayer, che era diventato un collaboratore di Albert Einstein. Terminata questa esperienza berlinese, al suo ritorno a Vienna, Bergmann trovò che il circolo era caduto sotto l'incantesimo di Wittgenstein, un cambiamento che non riscuoteva il suo gradimento (come avrebbe osservato in seguito, si sentiva molto più vicino al *côté* carnapiano del circolo)⁽²⁵⁾. Ebbe anche modo in

⁽²⁴⁾ Per una più dettagliata biografia di Bergmann vedi G. BONINO, *Anatomia del realismo. Saggio su Gustav Bergmann*, Bologna, il Mulino, 2009, cap. I.

⁽²⁵⁾ Per i ricordi di Bergmann intorno al Circolo di Vienna vedi G. BERGMANN, *Erinnerungen an der Wiener Kreis. Brief an Otto Neurath*, in *Vertriebene Vernunft*, vol.

questo periodo di conoscere gli ambienti legati alla psicoanalisi: si sottopose egli stesso a un trattamento psicoanalitico (conclusosi, secondo lo stesso Bergmann, con successo ⁽²⁶⁾) e scrisse un articolo per la rivista « Imago », dedicata all'applicazione della psicoanalisi alle scienze umane.

Evidentemente di famiglia non particolarmente benestante, Bergmann si rese conto che la sua qualifica di matematico, unita al fatto di essere ebreo, non gli fornivano sufficienti garanzie di sostentamento nell'Austria sempre più antisemita degli anni trenta. Fino a quel momento si era guadagnato da vivere insegnando nelle scuole, e cercando al contempo di proseguire la sua attività scientifica in ambito matematico, ma ora gli sembrava opportuno cercare un'occupazione più sicura. Per questa ragione decise di iscriversi alla facoltà di legge, dove si laureò nel 1936. In quegli anni Kelsen insegnava a Ginevra, ma Bergmann ebbe comunque modo di assistere ad alcune sue lezioni a Vienna ed entrò inoltre in stretto contatto con ambienti kelseniani frequentando il cosiddetto 'Circolo di Fleischer', un gruppo di scienziati, giuristi ed esperti di questioni sociali che si riuniva intorno a Georg Fleischer, un allievo di Kelsen ⁽²⁷⁾.

Nel 1938 Bergmann aveva ormai trovato lavoro in uno studio legale, ma dopo l'*Anschluss* capì che la sua stessa incolumità era in pericolo. Con l'aiuto di Mayer (che già nel 1933 aveva seguito Einstein a Princeton) e quello, anche economico, di Otto Neurath, riuscì a scappare negli Stati Uniti. La moglie, che lo aveva seguito di

II: *Emigration und Exil österreichischer Wissenschaft*, a cura di F. Stadler, Wien, Lit Verlag, 1988, pp. 171-180. Si tratta di una memoria in forma di lettera rivolta a Otto Neurath, che Bergmann aveva scritto su richiesta dello stesso Neurath e per sdebitarsi dell'aiuto che questi gli aveva fornito per la fuga in America.

⁽²⁶⁾ Vedi lettera di Gustav Bergmann a Laurence D. Smith dell'11 novembre 1980, *Papers of Gustav Bergmann*, Special Collections Department, University of Iowa Libraries, Iowa City, Iowa, IX E 6-29/4.

⁽²⁷⁾ Alcune notizie su Fleischer e il suo circolo possono essere trovate in F. STADLER, *Studien zum Wiener Kreis. Ursprung, Entwicklung und Wirkung des logischen Empirismus im Kontext*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1997, pp. 660-661; C. JABLONER, *Georg Fleischer*, in R. Walter, C. Jabloner, K. Zeleny (a cura di), *Der Kreis um Hans Kelsen*, Schriftenreihe des Hans Kelsen Instituts 30, Wien, 2008, pp. 99-113; T. EHS, *Vertreibung in drei Schritten. Hans Kelsens Netzwerk und die Anfänge österreichischer Politikwissenschaft*, in « Österreichische Zeitschrift für Geschichtswissenschaften », XXI (2010), 3, pp. 146-173.

lì a poco insieme alla figlia di pochi anni, appena arrivata negli Stati Uniti subì un grave tracollo psichico, forse anche a causa delle difficoltà della fuga (in seguito Bergmann si sarebbe risposato con un'americana). Nei primi, difficili tempi negli Stati Uniti Bergmann aveva sperato di trovare un'occupazione come contabile, ma poi, grazie all'interessamento dello psicologo Kurt Lewin, riuscì a introdursi all'università dell'Iowa, dapprima con un *joint appointment* dei dipartimenti di psicologia e di filosofia, poi presso il solo dipartimento di filosofia, dove si sarebbe svolta la sua intera carriera.

Si deve notare che fino a quel momento Bergmann non si era mai occupato professionalmente di filosofia, né aveva mai compiuto studi formali in questa disciplina, nonostante un chiaro interesse dimostrato dalla sua partecipazione, per qualche anno, agli incontri del Circolo di Vienna. Fu solo negli Stati Uniti che Bergmann diventò un filosofo a tutti gli effetti. Nei primi anni il suo principale ambito di ricerche fu la filosofia della scienza, con una particolare attenzione per la metodologia della psicologia (numerose sono i suoi lavori in collaborazione con lo psicologo comportamentista Kenneth W. Spence). In seguito il suo raggio d'azione si estese all'ontologia, che sarebbe presto diventata il suo interesse quasi esclusivo.

L'interesse per l'ontologia si combinava in Bergmann — a prima vista piuttosto stranamente — alla fedeltà per il rigido positivismo che aveva caratterizzato la prima fase del Circolo di Vienna (28). Questa combinazione insolita trova una spiegazione nel metodo che Bergmann riteneva proprio della filosofia: il cosiddetto 'metodo del linguaggio ideale' (29), ovvero semplicemente *il metodo*, per Bergmann e i suoi allievi. Per evitare le difficoltà e le confusioni caratteristiche della metafisica tradizionale, Bergmann pensava che ci si dovesse servire dello strumento costituito da un *linguaggio ideale*, cioè un linguaggio tale per cui: (i) in esso sia possibile

(28) Per una caratterizzazione di Bergmann come al tempo stesso un ontologo e un positivista vedi F. WILSON, *Placing Bergmann*, in *Ontology and Analysis. Essays and Recollections on Gustav Bergmann*, a cura di L. Addis, G. Jesson ed E. Tegemeier, Frankfurt a.M., Ontos, 2007, pp. 185-274.

(29) Riflessioni sul metodo della filosofia si trovano sparpagliate nell'intera opera di Bergmann. Per una presentazione approfondita del metodo bergmanniano vedi BONINO, *Anatomia del realismo*, cit., cap. II.

esprimere, almeno schematicamente e in linea di principio, tutti gli aspetti e gli ambiti della nostra esperienza; (ii) in esso non sia possibile esprimere nessun enunciato ‘filosofico’ problematico (cioè i nonsensi della metafisica tradizionale rifiutati dai positivisti logici); (iii) parlando della sua sintassi e della sua semantica per mezzo del linguaggio ordinario, sia possibile esplicitare tutti gli enunciati filosofici problematici.

Date queste condizioni, non si può mai essere sicuri che un certo linguaggio sia il linguaggio ideale: si può sempre scoprire un nuovo aspetto dell’esperienza, precedentemente non considerato, che sfugge alle capacità espressive del linguaggio proposto, ecc. Compito di un filosofo è quello di proporre un linguaggio che possa ambire a essere quello ideale, sperando che superi le prove future, per poi discutere i problemi filosofici secondo il metodo suggerito dalla condizione (iii). Quando è impegnato in quest’ultima attività, il filosofo parla esplicitamente solo della sintassi e della semantica del presunto linguaggio ideale, e in ciò consiste la specificità della filosofia posteriore alla svolta linguistica ⁽³⁰⁾. Ma non per questo il filosofo non parla anche, indirettamente, del mondo. Per Bergmann il fatto che un certo linguaggio sia (o meglio, possa essere) o non sia il linguaggio ideale ci dice qualcosa sul mondo: se per parlare adeguatamente del mondo (di tutti gli aspetti e gli ambiti dell’esperienza) abbiamo bisogno di un linguaggio ideale dotato di certe caratteristiche, ciò dipende dalla circostanza che il mondo è fatto in un certo modo piuttosto che in un altro.

Consideriamo un esempio. Se dovessimo scoprire che per esprimere in modo adeguato tutti gli aspetti della nostra esperienza abbiamo bisogno di un linguaggio dotato di due tipi di costanti, individuali e predicative, ciò dipenderebbe dal fatto — e quindi significherebbe — che nel mondo esistono sia particolari, sia universali (la dottrina metafisica tradizionale del realismo).

⁽³⁰⁾ Bergmann sembra essere stato l’inventore dell’espressione «linguistic turn», presente in diversi suoi scritti dei primi anni cinquanta (vedi soprattutto G. BERGMANN, *Semantics*, in *A History of Philosophical Systems*, a cura di V. Ferm, New York, Philosophical Library, 1950, pp. 183-192, poi in *Id.*, *The Metaphysics of Logical Positivism*, Madison, University of Wisconsin Press, 1967², pp. 17-29; *Id.*, *Two Types of Linguistic Philosophy*, in «Review of Metaphysics», V (1952), pp. 417-438, poi in *Id.*, *The Metaphysics of Logical Positivism*, cit., pp. 106-131.

L'idea che parlando del linguaggio che usiamo per descrivere il mondo riusciamo anche, indirettamente, a parlare del mondo, è il frutto della combinazione selettiva di due altre idee, provenienti rispettivamente dal *Tractatus logico-philosophicus* di Wittgenstein e da Carnap, una combinazione che Bergmann attua in modo consapevole e in buona misura esplicito. Da Wittgenstein viene l'idea che il fatto che parliamo del mondo con un certo linguaggio ci riveli qualcosa sul mondo stesso. In Wittgenstein, però, questa tesi è avviluppata, per così dire, nella dottrina della distinzione tra dire e mostrare, cioè della distinzione tra ciò che un linguaggio *dice* e ciò che in esso *si mostra*, ma non può essere detto. Per Wittgenstein il fatto che il linguaggio con cui parliamo del mondo sia fatto in un certo modo *mostra* certe caratteristiche fondamentali (ontologiche, si potrebbe dire) del mondo stesso, ma il possesso di queste caratteristiche non può essere detto. Questa conclusione misticheggiante non poteva piacere a Bergmann (si vedano anche le osservazioni sul suo scarso apprezzamento per la fase 'wittgensteiniana' del Circolo di Vienna), che per evitarla si rivolge alla soluzione carnapiana (ma già adombrata da Bertrand Russell nell'Introduzione al *Tractatus*) basata sull'idea dell'ascesa semantica: ciò che non può essere detto in un linguaggio lo si può dire, in modo indiretto, in un metalinguaggio. Così, per dire che esistono gli universali, possiamo dire che il linguaggio ideale contiene costanti predicative. Ma anche nella posizione di Carnap c'è un aspetto che Bergmann non poteva apprezzare: per Carnap la scelta tra diversi sistemi di riferimento (cioè, nel quadro di Bergmann, tra diversi linguaggi che aspirano alla qualifica di linguaggio ideale) è una scelta di carattere pratico, e non comporta dunque questioni cognitive. In altre parole, per Carnap non ha senso domandarsi se un sistema di riferimento sia *vero*: semplicemente decidiamo di servirci di quello che risulta più comodo, economico, ecc. Per Bergmann tale scelta ha invece un'autentica portata cognitiva; anzi, a proposito del linguaggio ideale non si può propriamente parlare di *scelta*: è il mondo stesso che in ultima analisi determina quale linguaggio possa essere considerato ideale. Su questo punto, evidentemente, Bergmann si colloca dalla parte della 'serietà' ontologica del *Tractatus*, anziché da quella del convenzionalismo pragmatico di Carnap.

Un'ultima osservazione sulla concezione bergmanniana dell'ontologia si rende necessaria per comprendere le critiche a Kelsen. L'applicazione del metodo del linguaggio ideale, secondo Bergmann, richiede il soddisfacimento di alcune condizioni supplementari. In particolare, quando si procede all'interpretazione dello schema sintattico che viene proposto come linguaggio ideale, i riferimenti assegnati alle costanti descrittive (cioè non logiche) devono sempre essere oggetti di *acquaintance*; in caso contrario, non sapremmo letteralmente di che cosa stiamo parlando. Questo precetto prende il nome di *principio di acquaintance*, e racchiude secondo Bergmann il nucleo filosofico fondamentale dell'empirismo. La fedeltà a questo principio rappresenta anche la difesa di quelli che per Bergmann erano gli ideali originari del Circolo di Vienna, ben esemplificati dalla *Logische Aufbau der Welt* di Carnap del 1928, contro i pericolosi cedimenti introdotti dallo stesso Carnap negli anni trenta con il cosiddetto 'indebolimento dei criteri di significanza empirica'.

5. *La critica a Kelsen.*

Come si è già osservato, la vera e propria carriera filosofica di Bergmann ebbe inizio negli Stati Uniti. Naturalmente Bergmann giungeva negli Stati Uniti già dotato di un ricco bagaglio culturale, tipicamente austro-tedesco, accumulato nella Vienna degli anni venti e trenta. Tuttavia, da un punto di vista strettamente filosofico, il suo unico significativo punto di riferimento era stato fino a quel momento il Circolo di Vienna, e in particolare Rudolf Carnap, con l'aggiunta di quelli che Bergmann chiamava gli 'analisti classici': G.E. Moore, Russell e Wittgenstein. Per parecchio tempo, la sua elaborazione filosofica consistette principalmente in una reinterpretazione critica originale — ma al tempo stesso in una difesa — delle concezioni proprie del primo Circolo di Vienna. Solo nella maturità Bergmann ampliò l'orizzonte dei propri riferimenti filosofici.

C'è una certa ironia nel fatto che tale ampliamento si sia indirizzato proprio verso una tradizione tipicamente austriaca come quella brentaniana: l'*opus maius* di Bergmann, *Realism. A Critique of*

Brentano and Meinong ⁽³¹⁾, tratta appunto di Brentano e Meinong, come il sottotitolo indica chiaramente, ed è dedicato «To the glorious memory of Alexius Meinong». E Brentano, Meinong, Husserl furono importanti fonti di ispirazione per la fase matura della filosofia di Bergmann. In un certo senso era abbastanza naturale che un filosofo intento a stabilire una forma di realismo privo di compromessi si rivolgesse alla tradizione austriaca, da sempre incline al realismo, in opposizione alle tendenze idealistiche tipiche della tradizione kantiana e post-kantiana specificamente tedesca ⁽³²⁾. L'ironia consiste nel fatto che questa scoperta sia avvenuta per Bergmann in terra americana, quando aveva ormai abbandonato definitivamente l'Austria da molti anni.

Un ruolo importante nella scoperta del filone brentaniano da parte di Bergmann fu svolto, a partire dalla seconda metà degli anni cinquanta, da Reinhardt Grossmann, un giovane studente *tedesco* (un'altra ironia) che era venuto da Berlino a Iowa City proprio per studiare con Bergmann. Grossmann possedeva già una vasta conoscenza della filosofia di Brentano, e il suo entusiasmo agì probabilmente da catalizzatore per indirizzare gli interessi e le curiosità di Bergmann in quella direzione. Ma ancora prima dell'incontro con Grossmann, Bergmann si era già imbattuto in Brentano e nella tematica dell'intenzionalità — centrale per il suo progetto di realismo — in forma indiretta, attraverso Moore e il suo *Some Main Problems of Philosophy* ⁽³³⁾. Nel 1953-54 Bergmann aveva tenuto un seminario su questo libro, pubblicato nel 1953 ma che riproduceva lezioni tenute da Moore nel 1910-11; questa lettura fu verosimilmente cruciale per

⁽³¹⁾ G. BERGMANN, *Realism. A Critique of Brentano and Meinong*, Madison, University of Wisconsin Press, 1967.

⁽³²⁾ Sulle specificità della tradizione filosofica austriaca in opposizione a quella tedesca esiste un'ampia letteratura. Vedi, tra tutti, R. HALLER, *Studien zur österreichischen Philosophie*, Amsterdam, Rodopi, 1979; *From Bolzano to Wittgenstein. The Tradition of Austrian Philosophy*, a cura di J.C. Nyíri, Wien, Hölder-Pichler-Tempsky, 1981; B. SMITH, *Austrian Philosophy. The Legacy of Franz Brentano*, La Salle, Open Court, 1994; *Austrian Philosophy Past and Present*, a cura di K. Lehrer e J.C. Marek, Dordrecht, Kluwer, 1996.

⁽³³⁾ G.E. MOORE, *Some Main Problems of Philosophy*, London, George Allen & Unwin, 1953.

l'elaborazione di *Intentionality* ⁽³⁴⁾, articolo centrale nella produzione di Bergmann. I temi e le idee che a Bergmann interessavano in Moore erano proprio quelli che Moore attingeva alla tradizione brentaniana, direttamente o per il tramite dei suoi maestri James Ward e G.F. Stout. E così, un po' paradossalmente, Bergmann fu introdotto alla scoperta della propria tradizione filosofica nazionale attraverso la mediazione della filosofia di lingua inglese.

Questa complessa dialettica tra tradizioni filosofiche (di partenza, di arrivo, di ritorno) è arricchita dagli sforzi di assimilazione da parte di Bergmann all'ambiente culturale e filosofico americano, accompagnati da una parallela assimilazione sociale: Bergmann sposò in seconde nozze un'americana, fu sempre molto grato al paese che gli aveva offerto rifugio dopo la fuga dai nazisti, rifiutò dopo la guerra offerte di posizioni accademiche in Austria, divenne nel 1968 presidente dell'American Philosophical Association, aderì alla chiesa unitariana (per ragioni di mero conformismo sociale), ecc. Al tempo stesso si dedicò a un'attività, discreta ma attenta, di mediatore tra la produzione filosofica in lingua tedesca, o comunque legata all'emigrazione tedesca, e il pubblico americano, soprattutto attraverso l'attività recensoria (non sempre benevola). Per la produzione in lingua tedesca si possono citare le recensioni a opere di Leopold Goetz, Wolfgang Stegmüller, Ottokar Blaha, Eino Kaila ⁽³⁵⁾, a cui aggiungere quelle dedicate alla coppia di immigrati Egon Brunswik ed Else Frenkel-Brunswik ⁽³⁶⁾ e a Wolfgang Köhler ⁽³⁷⁾.

⁽³⁴⁾ G. BERGMANN, *Intentionality*, in « Archivio di filosofia », 3 (1955), pp. 177-216, poi in *Id.*, *Meaning and Existence*, Madison, University of Wisconsin Press, 1959, pp. 3-38.

⁽³⁵⁾ Vedi rispettivamente la recensione a L. Goetz, *Die Entstehung der Ordnung*, in « Philosophy and Phenomenological Research », XV (1954), pp. 287-288; a W. Stegmüller, *Metaphysik, Wissenschaft, Skepsis*, in « Philosophical Review », LXIV (1955), pp. 665-667; a O. Blaha, *Logische Wirklichkeitsstruktur und personaler Sein Grund*, in « Philosophical Review », LXV (1956), pp. 265-267; a E. Kaila, *Terminalkausalität und Quantenmechanik*, in « Philosophical Review », LXVII (1958), pp. 424-426.

⁽³⁶⁾ Vedi la recensione a E. Brunswik, *The Conceptual Framework of Psychology*, in « Psychological Bulletin », XLIX (1952), pp. 654-656; a E. Frenkel-Brunswik, *Psychoanalysis and the Unity of Science*, in « Journal of Philosophy », LII (1955), pp. 692-695.

⁽³⁷⁾ Vedi la recensione a W. Köhler, *Gestalt Psychology*, in « Psychological Bulletin », XLV (1948), pp. 353-355.

L'attenzione da parte di Bergmann per la produzione di Kelsen si deve collocare nel contesto di questa attività più o meno periferica di mediazione culturale. Ma l'interesse di Bergmann per Kelsen è periferico anche in un altro senso: nella sua vita Bergmann si dedicò quasi esclusivamente a temi di ontologia e di filosofia della scienza, e rarissimi sono gli scritti espressamente riconducibili a temi di carattere giuridico o etico-politico, anche in senso lato. Tra questi pochissimi spiccano quelli dedicati a Kelsen: una recensione a *The General Theory of Law and State* ⁽³⁸⁾; una recensione a *The Pure Theory of Law* di William Ebenstein ⁽³⁹⁾, un libro che ha il merito di costituire « la prima esposizione scientifica, competente e piuttosto completa della Teoria Pura » ⁽⁴⁰⁾ che sia stata prodotta in lingua inglese; l'articolo *The Formalism in Kelsen's Pure Theory of Law* ⁽⁴¹⁾, scritto da Bergmann in collaborazione con Lewis Zerby.

In termini molto generali, Bergmann distingue nell'opera di Kelsen una parte che si potrebbe chiamare più strettamente filosofia del diritto, e che consiste prevalentemente nella chiarificazione dei concetti giuridici (in questo senso sarebbe un erede, per quanto inconsapevole, dell'*analytical jurisprudence* di John Austin), e in una parte che appartiene invece alla filosofia *tout court* (essenzialmente metafisica ed epistemologia). Per quanto riguarda la filosofia del diritto in senso stretto, Bergmann (e Zerby, ma d'ora in poi si farà riferimento al solo Bergmann, per le ragioni indicate nella nota 41) ritiene che i lavori di Kelsen siano per molti aspetti esemplari e che forniscano analisi spesso eccellenti. Questa valutazione è però resa più ambigua dalla strategia retorico-espositiva adottata da Bergmann. Da una parte, infatti, egli cerca di ricondurre questo aspetto del lavoro di Kelsen a precedenti che possano essere più familiari

⁽³⁸⁾ BERGMANN, recensione a H. Kelsen, *The General Theory of Law and State*, cit.

⁽³⁹⁾ BERGMANN, recensione a W. Ebenstein, *The Pure Theory of Law*, cit.

⁽⁴⁰⁾ Ivi, p. 71.

⁽⁴¹⁾ BERGMANN, ZERBY, *The Formalism in Kelsen's Pure Theory of Law*, cit. Nello stesso anno 1945 Lewis Zerby si era addottorato all'università dell'Iowa sotto la guida di Bergmann con una tesi dal titolo *Hans Kelsen's Reine Rechtslehre*. L'articolo riprende in buona parte le analisi e le conclusioni della tesi di Zerby. È noto che Bergmann era un supervisore di tesi piuttosto ingombrante, così che sia la tesi, sia l'articolo si possono verosimilmente considerare come opera congiunta di Zerby e Bergmann.

a un pubblico di lingua inglese, come l'*analytical jurisprudence* di Austin. Questa scelta ha certamente lo scopo di rendere la presentazione più comprensibile a lettori poco avvezzi alla tradizione filosofico-giuridica tedesca, ma è forse anche dettata dall'esigenza di esprimere apprezzamento per la tradizione anglo-americana, in parte per sincera ammirazione verso un approccio lontano da quello in cui Bergmann si era formato, in parte per il desiderio di mostrarsi riconoscente nei confronti della sua nuova patria: questa ambivalenza tra identità europea e americana è un tratto costante di Bergmann. In ogni caso il risultato è quello di sminuire in qualche misura l'originalità di Kelsen. Ma d'altra parte Bergmann ritiene anche che le analisi di Kelsen siano in genere migliori rispetto a quelle della tradizione anglo-americana. C'è poi l'aspetto filosofico *tout court* del lavoro di Kelsen, e qui secondo Bergmann si incontrano non solo gravi errori e deficienze, ma anche vere e proprie ingenuità. Su questo piano la tradizione anglo-americana, e specialmente il realismo giuridico, gli appaiono indubbiamente superiori. Nella sua tesi Zerby riassume efficacemente questo intreccio:

Le analisi giuridiche di Kelsen, benché siano in sé per molti aspetti superiori a qualunque lavoro prodotto in paesi anglosassoni, sono mescolate con un'epistemologia che è estranea e a mio parere inferiore rispetto a quella praticata dai filosofi analitici inglesi e americani. Perciò Kelsen è giuridicamente avanti a noi, ma filosoficamente dietro.

Per poi aggiungere, forse un po' maliziosamente, che « Per entrambe queste ragioni egli non è ancora adeguatamente apprezzato »⁽⁴²⁾. È infine opinione di Bergmann che i difetti metafisici ed epistemologici del lavoro di Kelsen non possano non generare difficoltà e confusioni anche nella parte più strettamente giuridica, per altri aspetti così ammirevole.

Dunque gli errori più gravi di Kelsen riguardano secondo Bergmann il piano metafisico-epistemologico, per poi 'stingere' anche su quello più strettamente filosofico-giuridico, almeno nelle sue parti più astratte. Come il titolo stesso indica, l'articolo di

⁽⁴²⁾ L. ZERBY, *Hans Kelsen's Reine Rechtslehre*, dissertazione di PhD, University of Iowa, 1945, p. 4.

Bergmann e Zerby si concentra sul tema del 'formalismo' kelseniano, cercando di mostrare come in esso coesistano diversi sensi di 'formale', talora confusi l'uno con l'altro, e come gli errori metafisico-epistemologici si intreccino a tale confusione. Non si ricostruirà qui nella sua completezza l'intricata rete di distinzioni, osservazioni e argomentazioni di Bergmann a questo proposito; si fornirà solo qualche indicazione sulla cornice generale della discussione e un esempio particolarmente rappresentativo. L'idea di fondo è che Kelsen parli del carattere formale del diritto e della scienza giuridica in almeno tre sensi distinti e tra loro indipendenti⁽⁴³⁾. Il primo senso è quello per cui la teoria del diritto deve essere *pura*, deve cioè escludere considerazioni ideologiche e politiche. Il secondo senso è ricondotto da Bergmann all'idea kantiana per cui ciò che è formale è categoriale: la legge può essere conosciuta solo se ricondotta sotto una speciale categoria (nel senso kantiano), espressa dalla clausola ipotetica delitto-sanzione (*l'imputazione*); da questa presunta necessità epistemica, e perciò dall'esistenza di questa forma categoriale, Kelsen ricaverebbe anche l'esistenza del suo oggetto, cioè le norme in quanto appartenenti a uno specifico dominio ontologico: quello del *Sollen* (è inutile ripetere che per Bergmann risultano ingiustificate tanto la tesi epistemologica, quanto quella ontologica). C'è poi un terzo senso in cui il diritto in sé e certi aspetti della teoria del diritto possono essere detti formali: è questa un'accezione non specificamente filosofica di 'formale', secondo cui il diritto in quanto tale è caratterizzato (di fatto, non per ragioni di necessità categoriale) da tratti strutturali, molto generali, altamente astratti. Si tratta, insomma, della teoria formalistica per cui ciò che caratterizza il diritto è la sua forma (invariabile) e non il suo contenuto (variabile). È proprio su questo piano che la teoria di Kelsen mostra, secondo la valutazione di Bergmann, tutta la sua profondità analitica. Tuttavia, forse trascinato da un émpito filosofico tipico della cultura tedesca, egli finisce talvolta per confondere questo senso di 'formale' con il secondo. In questo modo, per esempio, a partire dalla corretta osservazione che il diritto possiede caratteristiche formali (nella terza accezione del termine) universali,

⁽⁴³⁾ Una classificazione simile, ma con qualche differenza soprattutto espositiva, si può trovare nella tesi di Zerby, *ivi*, cap. IV.

Kelsen fonda, attraverso una serie di slittamenti terminologici e di cortocircuiti logici, il primato del diritto internazionale, pretendendo in qualche modo di dedurlo trascendentalmente da categorie formali (nella seconda accezione del termine) (44).

Naturalmente, la possibilità di queste confusioni nasce dalla presenza stessa nel pensiero di Kelsen di quella che per Bergmann è la seconda accezione, del tutto incongrua, di 'formale'. In altre parole, la radice delle difficoltà si deve ricercare negli errori metafisico-epistemologici di Kelsen. Ma quali sono esattamente questi errori metafisico-epistemologici, gli errori che Kelsen commette quando ambisce a occuparsi di filosofia *tout court*? Al livello della cultura di sfondo che governa molte delle scelte di Kelsen, Bergmann indica come errori l'accettazione della distinzione tra *Kulturwissenschaften* e *Naturwissenschaften*, nonché una certa reverenza per la categoria del *Verstehen*. Si tratta di concetti tipici della cultura filosofica tedesca (non austriaca!), per i quali Bergmann non ha molta pazienza: « Tutti conosciamo [...], se non altro per il lago di inchiostro che ci è stato versato dentro, il preteso abisso tra *Kulturwissenschaft* e *Naturwissenschaft* e le varie e concomitanti fusioni, confusioni e ipostatizzazioni romantiche di fatti e norme. E tutti abbiamo perso l'orientamento nella nebbia del *Verstehen*, spesso come una minestra » (45).

Ma l'errore più grave — il « paradosso fondamentale » (46) —

(44) Anche in questo caso, tale posizione affonda le sue radici nella dimensione neokantiana della teoria di Kelsen, evidente soprattutto nei testi degli anni Venti. Si veda, a questo proposito, il saggio *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts (Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale)*, Milano, Giuffrè, 1989). Come ha notato Danilo Zolo (*La guerra, il diritto e la pace in Hans Kelsen*, in « Filosofia Politica », 12 (1998), 2, pp. 187-208), « Il carattere unitario dell'universo giuridico (e, in esso, il primato dell'ordinamento internazionale) è per Kelsen un'ipotesi epistemologica' che corrisponde ad una opzione generalissima a favore dell'oggettività della conoscenza: presuppone una 'oggettiva ragione universale' e una 'concezione oggettivistica del mondo'. [...] [II] primato del diritto internazionale è imposto da esigenze logico-concettuali ('normologiche') interne all'interpretazione scientifica, e cioè unitaria ed oggettiva, del diritto: si tratta di un'ipotesi che 'deve essere accettata se si intende interpretare le relazioni sociali come relazioni giuridiche' ».

(45) BERGMANN, recensione a W. Ebenstein, *The Pure Theory of Law*, cit., p. 72.

(46) BERGMANN, ZERBY, *The Formalism in Kelsen's Pure Theory of Law*, cit., p.

è la distinzione, ontologica ed epistemologica, tra un regno del *Sein* e un regno del *Sollen*, l'idea che, in aggiunta ai fatti, ci siano anche norme, dotate di una peculiare forma di esistenza e conoscibili per mezzo di apposite categorie. Si tratta della tesi del « realismo deontologico »⁽⁴⁷⁾, che male si accorda con il lavoro analitico di Kelsen, ma che soprattutto è semplicemente e radicalmente sbagliata, e può apparire dotata di una certa plausibilità solo grazie alle confusioni cui si è accennato. Per Bergmann è *ovvio* che *non esistono* norme in aggiunta ai fatti, che l'unica forma di esistenza delle norme è quella di fenomeni sociopsicologici, e che dunque non sono richiesti strumenti epistemici speciali per la loro conoscenza. Ciò non significa, secondo Bergmann, che gli imperativi siano, da un punto di vista logico, linguistico e psicologico, indistinguibili dagli indicativi⁽⁴⁸⁾.

L'ovvietà di queste posizioni viene presentata da Bergmann come tale perlomeno per chi si ponga come positivista logico o come « analista filosofico »⁽⁴⁹⁾ (oggi forse diremmo 'filosofo analitico'). Che, pur con questa specificazione, le tesi di Bergmann siano davvero ovvie rimane naturalmente alquanto dubbio. Rivolgendosi a un pubblico americano, Bergmann poteva cercare di rendere più plausibile questa affermazione richiamandosi al realismo giuridico

⁽⁴⁷⁾ Ivi, p. 112.

⁽⁴⁸⁾ Questo spunto (ivi, p. 116) non viene però sviluppato: Bergmann non ambisce a dedicarsi in prima persona e in modo costruttivo alla filosofia del diritto, né più in generale a una teoria dei valori. Un suo allievo, però, Thomas Storer, aveva pubblicato su questo tema un articolo che Bergmann cita con approvazione: *The Logic of Value Imperatives*, in « Philosophy of Science », XIII (1946), 1, pp. 25-40. In questo articolo Storer sviluppa la sintassi di un sistema di logica enunciativa che possa adattarsi agli imperativi oltre che agli indicativi. La peculiarità degli imperativi che viene presa in considerazione (ma non se ne escludono altre) è costituita dall'esistenza di tre 'livelli' (*degrees*) di *rightness* di un imperativo secondo una certa dottrina etica sostantiva, che Storer propone di rappresentare per mezzo di una logica a tre valori (morale, amorale, immorale); sono poi proposte tavole di valori per i connettivi enunciativi che possono combinare enunciati imperativi con enunciati imperativi o enunciati imperativi con enunciati indicativi. Purtroppo, la morte prematura di Storer impedì ulteriori sviluppi. Si deve comunque osservare che l'articolo evita accuratamente di trarre conseguenze ontologiche o epistemologiche dalle presunte particolarità linguistiche degli imperativi.

⁽⁴⁹⁾ BERGMANN, recensione a H. Kelsen, *The General Theory of Law and State*, cit., p. 215.

(che infatti viene presentato come *sostanzialmente* corretto). Ma il punto fondamentale è che per Bergmann queste tesi sono ovvie perché costituiscono il nucleo centrale della sua filosofia, o almeno ne sono dei corollari.

Innanzitutto, e un po' brutalmente, l'idea che le norme — in quanto distinte dai fatti — possano essere costituenti della realtà (cioè possiedano un autonomo status ontologico) rappresenta una violazione del principio di *acquaintance*: abbiamo *acquaintance* di fatti, ma sarebbe grottesco sostenere che possiamo avere *acquaintance* di norme.

Ma in secondo luogo, la medesima idea si scontra anche con un'altra tenace e fondamentale convinzione di Bergmann, che giustifica in modo più specifico la sua ostilità verso le norme. L'ontologia proposta da Bergmann è un'*ontologia dei complessi*; il modello esplicativo — per così dire — di un'analisi ontologica è sempre quello di un *complesso* che è formato dai suoi *costituenti* (semplici); i costituenti, a loro volta, si trovano *nel* complesso (naturalmente, in un senso non spaziale). Un fatto, per esempio, è analizzato da Bergmann come un'entità complessa, costituita da uno o più particolari e un universale (proprietà o relazione). Esiste per Bergmann un'importante alternativa alle ontologie dei complessi: le *ontologie delle funzioni* (l'esempio più significativo è quello dell'ontologia di Gottlob Frege). Le ontologie delle funzioni non sono basate sulla distinzione tra entità semplici e complesse e sull'idea che le entità semplici possano essere costituenti di quelle complesse, ma piuttosto sulla nozione di *funzione*. Una funzione è la coordinazione di un'entità (l'argomento) con un'altra entità (il valore). Consideriamo l'esempio di una macchia rossa. Nell'ontologia dei complessi di Bergmann questa deve essere analizzata come un complesso (il fatto che la macchia è rossa) che ha come costituenti un particolare (che funge da individuatore) e un universale (il colore rosso). Nell'ontologia delle funzioni di Frege la stessa situazione sarebbe analizzata come l'applicazione della funzione *essere rosso* a un certo oggetto x , una funzione che coordinerebbe l'oggetto x a un altro oggetto, il valore di verità Vero. Tralasciando difficoltà minori, Bergmann ritiene che le ontologie delle funzioni debbano essere rifiutate per una ragione di fondo: assumere il concetto di funzione come primitivo è inaccettabile

perché introduce al livello fondamentale dell'ontologia un elemento di soggettività e di antropocentrismo che dovrebbe invece essere eliminato. La coordinazione tra entità è infatti un'azione, qualcosa che *viene fatto*, e deve dunque essere fatto da qualcuno. Caratterizzare una funzione (come potrebbe apparire ragionevole) come una *regola* di coordinazione anziché come una coordinazione non risolve il problema, perché anche la nozione di regola sembra implicare in qualche modo il riferimento a qualcuno che la segue o la deve seguire. Ora, che cosa potrebbero essere le norme per Bergmann, se non regole?

È interessante osservare che queste argomentazioni, sia quella basata sul principio di *acquaintance*, sia quella basata sul sospetto nei confronti della nozione di regola ⁽⁵⁰⁾, non erano ancora state sviluppate esplicitamente da Bergmann nel momento in cui scriveva l'articolo e le recensioni su Kelsen, per quanto potessero certamente essere presenti in forma implicita nelle sue riflessioni. È come se l'occasione fornita dalla critica a Kelsen offrisse a Bergmann la possibilità di accennare per la prima volta — seppure brevemente — ad alcune delle tesi centrali della sua filosofia.

Può rimanere una legittima curiosità su quale potesse essere la posizione di Bergmann, *in positivo*, intorno allo status delle norme e dei 'valori'. Come si è già accennato, il rifiuto dell'esistenza di un regno del *Sollen* e di canali epistemici speciali per la sua conoscenza non implica per Bergmann il totale disconoscimento di certe caratteristiche specifiche degli enunciati imperativi o di quelli che vengono comunemente chiamati 'valori'. Non è però possibile trovare negli scritti di Bergmann una riflessione approfondita su questi temi, che certamente esulavano dai suoi interessi principali. Qualche suggerimento, per capire almeno quale potesse essere l'inclinazione di fondo, può venire da un articolo del 1951 su argomenti affini, dovuto a May Brodbeck, allieva di Bergmann che si dedicò prevalentemente alla filosofia della scienza, in particolare delle scienze

⁽⁵⁰⁾ Di principio di *acquaintance* si parla in molti degli scritti di Bergmann, ma comunque mai prima degli anni qui considerati. Per la critica alle ontologie delle funzioni si deve aspettare anche di più: vedi soprattutto G. BERGMANN, *Frege's Hidden Nominalism*, in «Philosophical Review», LXVII (1958), pp. 437-459, poi in ID., *Meaning and Existence*, cit., pp. 205-224, e ID., *Realism*, cit., capp. I-II.

sociali. In questo breve articolo ⁽⁵¹⁾ Brodbeck si domandava se fosse possibile combinare (i) il non-naturalismo etico di Hume e di Moore, secondo cui i termini etici non sono riducibili a termini non etici e gli enunciati normativi non possono essere derivati da enunciati non normativi con (ii) un naturalismo di fondo tale per cui non si è disposti ad accettare che proprietà come *buono* siano sullo stesso piano (magari in un regno separato) di proprietà come *giallo*. E la risposta di Brodbeck era positiva: il non naturalismo nel senso di Hume o Moore si può spiegare con il fatto che proprietà come *buono* sono colte come fenomenologicamente primitive, e non risultano dunque definibili; ma ciò non implica che esse non siano soggettive nel senso ordinario del termine, né che richiedano una speciale facoltà conoscitiva intuitiva e non empirica. Ciò è presumibilmente reso possibile da un processo psicologico di ‘condizionamento morale’, che per mezzo di associazioni fa sì che veniamo ad avere esperienza di *buono* come della proprietà semplice di un oggetto (un po’ come accade per proprietà come *divertente*) o — aggiunge Brodbeck — di certi imperativi ipotetici come di imperativi categorici. In realtà l’articolo si concentra sul caso dei valori morali, mentre quello degli imperativi è appena accennato e viene considerato, forse sbrigativamente, come assimilabile. Non si può certo dire che questi brevi accenni costituiscano una vera e propria teoria metaetica, né tantomeno una spiegazione esauriente della natura delle norme e del loro posto nel mondo, ma — per quel che valgono — rappresentano fedelmente la posizione dello stesso Bergmann, per sua esplicita dichiarazione ⁽⁵²⁾.

⁽⁵¹⁾ M. BRODBECK, *Toward a Naturalistic “Non-Naturalistic” Ethic*, in « Philosophical Studies », II (1951), pp. 7-11.

⁽⁵²⁾ Vedi G. BERGMANN, *Logical Atomism, Elementarism, and the Analysis of Value*, in « Philosophical Studies », II (1951), pp. 85-92, poi in Id., *The Metaphysics of Logical Positivism*, cit., pp. 243-254, dove Bergmann osserva, con prosa caratteristicamente contorta: « In un recente saggio la signorina Brodbeck mi ha del tutto correttamente attribuito la seguente opinione. Per negare che certe caratteristiche come la bontà o la bellezza siano oggettive o ‘là fuori’ nel senso in cui lo sono le forme e i colori, non è necessario negare che esse siano indefinibili, nel senso in cui la maggior parte dei positivisti sostiene che non lo siano. Se le cose stanno così, si possono evitare, come ho accennato e come la signorina Brodbeck argomenta efficacemente, gli ovvi difetti del cosiddetto naturalismo in etica ed estetica, e tuttavia non impegnarsi a ciò che non siamo

6. *Una fase di transizione?*

Al di là della *pars construens* legata ai presupposti ontologici di Bergmann, possiamo a questo punto collocare la *pars destruens* dell'analisi della teoria pura nel contesto delle periodizzazioni cui si è fatto accenno sopra. Se, insomma, si confronta la critica bergmanniana con le diverse scansioni possibili delle 'fasi' di sviluppo della teoria pura kelseniana, occorre riconoscere come essa, richiamandosi a un duplice 'realismo' (ontologico e giuridico) intenda (e che poi ci riesca, è altra questione) colpire un Kelsen ancora evidentemente 'neokantiano'. In un certo senso, insomma, il contenuto delle recensioni e dell'articolo di Bergmann si inseriscono nello schema di Paulson meglio che in quello di Heidemann. È pur vero che il testo di riferimento dell'articolo scritto in coautoria con Zerby è, ancora, la prima edizione della *Teoria pura*, quella ginevrina del 1934. Tuttavia, nella recensione alla *General Theory* del 1945, pubblicata nel 1947, Bergmann non ritiene di dover aggiustare il tiro. I motivi di fondo della critica rimangono, come si è visto, gli stessi. Ciò appare del tutto compatibile, considerando i riferimenti testuali, con un Kelsen che negli anni Quaranta è ancora (o, meglio: è *nuovamente*, seguendo la ricostruzione di Paulson) saldamente ancorato a un quadro di riferimento neokantiano ma che, d'altro canto, inizia a meditare, anche su probabile sollecitazione dell'ambiente giuridico-accademico americano, una profonda revisione del suo pensiero. Appare compatibile, in poche parole, con una ricostruzione della fase 1940-60 come di un periodo di transizione. Vediamo come si inserisce Bergmann in questo quadro.

Una prima sollecitazione al pensiero kelseniano, dopo il trasferimento negli Stati Uniti, viene dunque dall'incontro con la cultura filosofico-giuridica anglosassone, in generale, e con il realismo giuridico americano, in particolare. Bergmann sottolinea, qui, esplicitamente il divario tra la cultura giuridica kelseniana, tipicamente continentale, e il contesto teorico giuridico americano. Il positivismo giuridico di Kelsen si qualifica, agli occhi di un Berg-

disposti ad accettare più di coloro che non hanno reso pienamente giustizia a intere aree della nostra esperienza in quanto pensavano che per evitare tale impegno fossero costretti a negare più di quanto è prudente o necessario negare » (p. 243).

mann che aspira chiaramente ad accreditarsi nell'ambiente filosofico americano (e che si presenta talora, per questo motivo, forse 'più realista del re'), come una inconsapevole riproposizione della *analytical jurisprudence* di John Austin. Giudizio forse ingeneroso, soprattutto sul piano dell'asserita *inconsapevolezza* e in particolare alla luce della lettura che Kelsen farà della teoria di Austin. È pur vero, comunque, che nel momento in cui, entrato a far parte del dibattito teorico-giuridico anglosassone, Kelsen inizia a discutere e ad interessarsi dell'opera di Austin, non potrà non farlo sottolineando le affinità (o, meglio, i punti di contatto) tra il progetto austiniiano e la teoria pura del diritto. È lo stesso Kelsen, infatti, a notare come la teoria pura del diritto, dal momento che confina se stessa al piano della conoscenza del diritto positivo, escludendo quindi « la filosofia della giustizia così come la sociologia del diritto », segua il medesimo orientamento della « cosiddetta *analytical jurisprudence* » la cui classica espressione in ambito anglosassone si trova nell'opera di John Austin. Le due teorie hanno genesi indipendente ma importanti punti di contatto, anche se, nota Kelsen, la teoria pura del diritto sviluppa gli stessi presupposti analitici in maniera più coerente ⁽⁵³⁾.

Il secondo punto di confronto per la teoria pura kelseniana, il realismo giuridico, costituisce per Bergmann, come si è visto, il principale antidoto alla 'sbornia metafisica' del giurista praghese. Centrale, da questo punto di vista, è la citazione di Llewellyn ⁽⁵⁴⁾. Il Kelsen della *General Theory* del 1945 non giustifica, qui, alcuna attenuante dal punto di vista della critica bergmanniana. Il « senso

⁽⁵³⁾ H. KELSEN, *The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence*, in ID., *What is Justice? Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science. Collected Essays by Hans Kelsen*, Berkeley, CA, University of California Press, 1957, p. 271, cit. in L. VINX, *Austin, Kelsen, and the Model of Sovereignty: Notes on the History of Modern Legal Positivism*, in *The Legacy of John Austin's Jurisprudence*, a cura di M. Freeman e P. Mindus, Dordrecht, Springer, 2013, p. 51.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. BERGMANN, ZERBY, *The Formalism in Kelsen's Pure Theory of Law*, cit., p. 113: « Il realista giuridico che ha affrontato in maniera più diretta la Teoria Pura è probabilmente Llewellyn, il quale sostiene che 'le regole sono previsioni... sono descrittive, non prescrittive, si trovano al livello dell'essere e non del dover essere... una comprensione realista è soltanto possibile in termini di comportamenti osservabili' » (cit. da K. LLEWELLYN, *Realistic Jurisprudence*, in « Columbia Law Review », XXX (1930), pp. 431-465) [trad. mia].

specifico » di una norma è, per Kelsen, il « dover essere », il che esclude qualsiasi concezione predittiva delle norme. Essa concerne, infatti, ‘ciò che è’ e non ‘ciò che *deve essere*’. La contrapposizione tra Bergmann e Kelsen appare su questo punto, come si è visto, frontale. Bergmann intende colpire tanto la tesi ontologica quanto la tesi epistemologica

Vi è infine — ed è necessario farvi riferimento — il terzo campo di confronto che vede impegnato Kelsen negli stessi anni di questo ‘periodo di transizione’, ma che, in questo caso, si articola solo indirettamente con le critiche di Bergmann. Si tratta, cioè, del confronto con i lavori di Georg Henrik von Wright sulla logica deontica e, parallelamente, della polemica con Ulrich Klug sul ruolo della logica nel diritto. È proprio a questo campo di confronto, e al radicale cambiamento di prospettiva sul ruolo della logica, che Paulson attribuisce la profonda revisione del pensiero kelseniano che condurrà allo smantellamento delle strutture neokantiane della *Teoria pura*. È grazie infatti a quello che Paulson definisce il *filtro kantiano*, al parallelismo tra le categorie trascendentali della causalità e dell’imputazione, che Kelsen poteva difendere il ruolo, anche nella sfera normativa, del principio di non contraddizione ⁽⁵⁵⁾. La breve rivoluzione in senso humeano del periodo 1939/40 condurrebbe quindi, secondo Paulson, all’introduzione delle proposizioni descrittive di ‘dover essere’ (*Sollsätze*) o ‘di diritto’ (*Rechtssätze*). Ma esse svolgono ancora la funzione centrale di difendere l’applicazione, ancorché indiretta, della logica alle norme ⁽⁵⁶⁾. Sarà invece la ‘svolta scettica’ successiva alla seconda edizione della *Teoria pura* e l’abbandono del principio di non contraddizione, cioè del parallelismo tra esso e il conflitto tra norme, che causerà, appunto, l’abbandono dell’intera cornice neokantiana ⁽⁵⁷⁾. Con il venir meno del principio di non contraddizione viene meno, infatti, l’elemento, a esso soggiacente, della categoria trascendentale dell’imputazione, che consentiva appunto la ‘produzione’ dell’oggetto della scienza giuridica come un sistema giuridico libero da contraddizioni.

⁽⁵⁵⁾ PAULSON, *Metamorphosis in Hans Kelsen’s Legal Philosophy*, cit., p. 862.

⁽⁵⁶⁾ Ivi, p. 891. Cfr. anche R. GUASTINI, *Sollsätze. An Exercise in Hard Legal Positivism*, in « *Rechtstheorie* », 31 (2000), 2, pp. 185-196.

⁽⁵⁷⁾ PAULSON, *Metamorphosis in Hans Kelsen’s Legal Philosophy*, cit., p. 862.

In conclusione, se si accetta la scansione di Paulson, l'analisi critica di Bergmann si collocherebbe nel pieno della 'fase di transizione' del pensiero kelseniano. Se così fosse, si potrebbe sostenere che Bergmann ha qui buon gioco a mettere in luce la tensione latente causata nell'edificio della teoria pura dalla struttura neokantiana, una tensione della quale, come dimostrerebbe la breve stagione humanea a cavallo tra gli anni Trenta e Quaranta, lo stesso Kelsen doveva iniziare a essere consapevole e che lo condurrà a una profonda revisione, per quanto raggiunta da altre vie (non direttamente sui piani paralleli epistemologico e ontologico, ma indirettamente a partire dal tema dell'applicazione della logica alle norme), proprio nel suo ultimo periodo, cioè appunto negli anni americani ⁽⁵⁸⁾.

Non si intende entrare, qui, in questioni di filologia kelseniana: per farlo occorrerebbe, in particolare, verificare l'effettiva portata della (presunta) precoce svolta indicata da Paulson, la sua relativa coerenza con le posizioni kelseniane precedenti e successive e in particolare la sua reale influenza sugli sviluppi successivi. Tuttavia, le stesse critiche bergmanniane, ed è ciò che interessa qui evidenziare, appaiono coerenti con l'immagine di un Kelsen che non trae le dovute conseguenze dalle sue stesse premesse analitiche (il 'percorso verso Ovest', rimasto incompleto). Se così fosse, resterebbe da chiedersi perché Kelsen non abbia dato seguito, una volta giunto negli Stati Uniti, a quella revisione la cui necessità probabilmente aveva già intravisto. La risposta di Paulson si colloca direttamente sul piano biografico, la cui plausibilità non si intende discutere in questa sede. Tuttavia, è un dato che sollecita un nuovo parallelismo con Bergmann e con la sua biografia e che ci consente di riprendere il filo del discorso. Una volta emigrato negli Stati Uniti, sostiene Paulson, Kelsen avrebbe ripristinato l'edificio della teoria pura così come appariva prima del 1939, anno della pubblicazione di *Vergeltung und Kausalität*. È anzi proprio con la traduzione inglese di questo testo (*Society and Nature*, pubblicata nel 1943), che Kelsen avrebbe ricuperato il lessico neokantiano. Una mossa, nota appunto Paulson, che potrebbe aver fatto parte di una generale strategia volta

⁽⁵⁸⁾ Ivi, p. 885.

a guadagnare influenza nell'ambiente giuridico e accademico statunitense, partendo, in un momento difficile e precario, da una posizione di forza. Non, insomma, come un teorico impegnato in una complessa e profonda revisione dei presupposti della propria precedente produzione scientifica, ma come l'affermato architetto del solido edificio della teoria pura del diritto ⁽⁵⁹⁾. La necessità di una revisione teorica sarebbe rimasta così, in qualche modo, latente, rafforzandosi ulteriormente con le successive riflessioni di Kelsen in ambito logico e conducendo, infine, all'autentica svolta degli anni Sessanta ⁽⁶⁰⁾. Lasciando, in conclusione, definitivamente da parte le questioni teoriche, e ripartendo da questo dato storico-biografico, è allora possibile riassumere la ricostruzione di questa piccola vicenda intellettuale: l'incrocio — a distanza — tra Bergmann e Kelsen, come un curioso snodo in due vite parallele. La comune esigenza di accreditarsi in un nuovo ambiente accademico e a partire da una condizione — per entrambi non facile — di emigrati, li avrebbe posti, in qualche modo, su due fronti contrapposti.

⁽⁵⁹⁾ Ivi, p. 891.

⁽⁶⁰⁾ Ivi, p. 892.

Testimonianze

GUSTAVO ZAGREBELSKY

ALLA FINE DEL MANDATO DI
GIUDICE COSTITUZIONALE DI PAOLO GROSSI E
AL SUO RITORNO AGLI STUDI UNIVERSITARI (*)

Forse lei ricorda, caro e illustre professor Grossi, l'incontro a Palazzo Strozzi che, nove anni fa, i suoi allievi fiorentini promossero per festeggiare il suo passaggio dalla prestigiosa cattedra universitaria da lei illustrata per tanti anni alle responsabilità di giudice della Corte costituzionale che l'avrebbero impegnata per nove anni fino a oggi. Ricorda forse anche che ci compiacemmo di appartenere, con lei e con i suoi allievi, anzi anche grazie a lei e ai suoi allievi, alla cerchia di quanti, accomunati da un certo modo d'intendere la vita accademica, vi trovano ancora, pur tutto considerato, il luogo più congeniale per coltivare in libertà la scienza come loro propria vocazione. Ci si chiese, allora, come e quanto la sua visione del diritto, antica e allo stesso tempo nuovissima, la visione alla quale lei ha dedicato tanti studi e tanti affinamenti, si sarebbe potuta amalgamare con quella degli altri componenti di quella che è la nostra Corte costituzionale. La domanda era legittima allora, e ora, essendo possibile almeno iniziare a impostare un bilancio, si può forse cercare una risposta.

1. (*contro il diritto come sovrastruttura astratta, politicamente concretissima*) Ci interroghiamo con tanto più interesse in quanto sia vera (e io credo che sia verissima) la convinzione che Paolo Grossi manifesta « in tutta sincerità », ancorché in forma di dubbio garbato, che i « giuristi positivi » di oggi sono per lo più affezionati a una visione del diritto ch'egli considera legata a un tempo che non c'è più e che sopravvive solo per pigrizia e vischiosità delle ideologie. Quest'annotazione ne richiama alla mente una analoga di Palmiro Togliatti alla Assemblea Costituente: non avere avuto l'aiuto necessario al nuovo spirito costituzionale da parte dei giuristi, come se questi fossero

(*) Intervento tenuto in occasione della presentazione del volume di Paolo GROSSI, *L'invenzione del diritto* (Roma-Bari, Laterza, 2017) — Roma — Sala Koch — Palazzo Madama — il 22 febbraio 2018.

ancorati a idee che la nuova stagione aveva rinsecchite. Sembrava allora e sembra oggi che, per essere « giuristi positivi », sia necessario accettare di sottomettersi interamente ai dogmi, Grossi dice « mitologie », « legocentrismo » e « legolatria », che dominano ancora nella formazione dei giuristi e, da lì, si espandono nelle professioni giuridiche, quella giudiziaria compresa. Nel libro che siamo qui riuniti per commentare, è insistente, anzi ne fornisce l'ossatura, la polemica contro la concezione del diritto propria dello Stato legislativo dell'Ottocento, funzionale al progetto di dominio della borghesia attraverso l'annichilimento della rete delle organizzazioni sociali sotto la sola legge generale e astratta che, nella tessitura dei suoi elementi, avvolge e irretisce la società presumendo di poterne modellare, in realtà spegnere, la spontaneità. Il diritto come comando sovrano, o come insieme sovrano di norme che discendono dall'alto « monarchicamente » su individui che si pretende si presentino soli e, per così dire, spogli « davanti alla legge »; la loro totale malleabilità per mezzo del diritto artificialmente posto, la riduzione delle persone a « persone giuridiche », dotate delle sole connotazioni che la legge riconosce loro fingendo che l'irreale astrazione ugualizzante del diritto cancelli la concretezza differenziante della vita reale.

Passando dalla concezione del diritto alla visione dei compiti dei giuristi e dei giudici specialmente, tra le mitologie di quel tempo c'è l'idea dell'interpretazione-applicazione come mero ricorso alla volontà, all'intenzione del legislatore, attraverso l'esegesi delle formule nelle quali la sua volontà si è espressa. Questo appare oggi l'ideale d'un positivismo giuridico primitivo che è largamente superato nella coscienza di chi opera secondo il diritto. Esso è stato soppiantato dal cosiddetto positivismo critico che considera il diritto non come insieme di atti di volontà del legislatore, ma come ambito di normatività oggettiva e autosufficiente che vive nella sfera ideale dell'ordinamento giuridico, inteso come edificio di leggi coerenti, ordinate, complete che, se non esce già di per sé con queste caratteristiche dalla testa e dalla volontà del legislatore, è rimesso come compito ricostruttivo ai giuristi, agli interpreti. Anche con questo spostamento, dalla volontà del legislatore alla razionalità dell'ordinamento legislativo, resta ferma, anzi si conferma l'idea che il giurista abbia da tenere lo sguardo puntato soltanto in alto, sulle alture del tessuto delle norme poste e sovrapposte. Il disegno che spetta ai giuristi di tracciare deve emergere senza interferenze da parte di altre dimensioni normative extra-legislative, in particolare senza che le bassure che salgono su dalle strutture materiali della vita sociale contaminino la loro astratta scienza delle norme.

Dalla critica radicale a queste premesse e conclusioni, ch'io mi sono preso il rischio di sintetizzare nel modo che ho detto, proviene nelle pagine di *L'invenzione del diritto* l'indicazione a favore d'un ruolo diverso, costruttivo, « inventivo » per l'appunto, dei giuristi. Si tratta d'un vero e proprio manifesto dell'orgoglio della loro professione,

contro la depressione ch'essi in maggioranza hanno accettato e di cui si sono perfino fatti vanto nel corso di due secoli e che continuano, per pigrizia e forza d'inerzia, ad accettare.

2. Nel libro che commentiamo ricorrono con frequenza due espressioni immaginifiche che in sintesi racchiudono la concezione del diritto di Paolo Grossi. Lo storico del diritto, se non è semplicemente un cultore di *antiquitates*, sta in una posizione intermedia privilegiata, tra i filosofi e i pratici: è simile ai primi, avendo a che fare con idee generali senza le quali potrebbe solo fornire descrizioni di nudi fatti senza poterne dare interpretazioni al fine ultimo della loro comprensione; è vicino ai pratici perché la materia della sua scienza gli è fornita dall'opera di costoro, legislatori, giudici, amministratori e, in generale, tutti coloro che, a qualunque titolo operano secondo il diritto. Potremmo dire che la storiografia è filosofia della concretezza. Mi piacerebbe sapere se il professor Grossi si riconosce in questa espressione.

Le due formule cui ho fatto cenno e alle quali egli mostra di attribuire un particolare valore esplicativo del suo punto di vista sul diritto del tempo presente sono « valvola respiratoria » e « carnalità del diritto »: due concetti che si integrano, l'uno implicando l'altro. Ripetendole quasi in ogni pagina, si vuol dire ch'esse esprimono in modo particolarmente pregnante i caratteri della scienza giuridica ai quali Paolo Grossi è approdato nella sua vita di scienziato del diritto.

3. (*valvola e carnalità*) L'invito che viene da questo libro è di non consumarsi nell'asfissia d'un legalismo gretto e anacronistico che si traduce, alla fine, nella forzatura violentatrice delle « libertà sociali », concetto ricco di significati che ha trovato ingresso nella giurisprudenza costituzionale. Si parla della Corte come di un eminente e « autentico polmone respiratorio per l'intero ordinamento giuridico nella sua costante attenzione verso il continente parzialmente sommerso dei valori, un 'ordine ordinante' percorso da una perenne dinamica e munito di una forte carica incisiva »: autentico polmone, ma non esclusivo poiché ad aerare il complesso delle leggi positive collaborano, devono collaborare, tutti i giuristi, « uomini di scienza e di prassi », cioè dottrina e giurisprudenza di ogni ordine giudiziario, a fianco dei legislatori.

Qui, incontriamo lo spunto per una vera e propria dottrina della costituzione che si distanzia, anzi ne rovescia il presupposto, il punto di partenza. Dal rovesciamento deriva la sostituzione dell'idea della costituzione come legge suprema, consueta nella dottrina costituzionalistica, con quella della costituzione come norma fondamentale o, per meglio dire, « basica ». Legge suprema e norma fondamentale sono due espressioni che ricorrono spesso indifferentemente nei discorsi dei costituzionalisti, senza che se ne percepisca l'opposto significato. La costituzione, nella concezione di Paolo Grossi, non è volontà o forza sovrana messa

nella forma della legge più alta, da cui poi tutto discende secondo il principio della gerarchia delle fonti. La Costituzione è, invece, la ricognizione di *quell'ordine ordinante* — espressione presa a prestito dagli scritti di Franco Modugno —, ordine che talora è indicato come « costituzione materiale ». Questa formula è impiegata in un senso più ampio di quello che risulta dagli scritti di Costantino Mortati che ne elaborò il concetto con riguardo alle forze politiche in senso stretto: il partito unico prima, la pluralità dei partiti poi. In Grossi si tratta di un concetto che allude a un « vasto continente sommerso » di realtà socio-culturali « inesprese ma non per questo meno viventi », presenze costituzionali sentite e vissute nella dinamica sociale di ogni popolo, aventi quali primari interpreti il ceto dei giuristi di cui fanno parte i giudici, quando sono consapevoli del proprio ruolo « inventivo ». Questo riferimento al sommerso e all'emerso della realtà del diritto mi fa affiorare alla mente qualcosa di analogo, l'immagine del giurista come nuotatore che, diversi anni fa, utilizzai nella presentazione degli *Studi di diritto costituzionale. 1958-1966* di Leopoldo Elia (Milano, Giuffrè, 2005), Elia il mio amato Professore che certamente avrebbe molto da dire sui temi che stiamo qui discutendo: il nuotatore procede guardando in basso, il fondo delle cose, e di tempo in tempo solleva la testa per respirare e guardare dove sta andando nel mondo di superficie. Il fondo, o il fondamento è la cultura. Dando a questa parola il significato ampio di insieme di interpretazioni, concezioni, punti di vista effettivamente operanti nella dinamica sociale, si potrebbe sostituire la costituzione materiale o la carnalità del diritto con l'espressione cultura costituzionale, nel senso non di quella cosa rarefatta che sta nelle teste (sempre più scarse di numero, del resto) dei dotti ma che opera e modella le dinamiche sociali e, a sua volta, ne è modellata.

La repulsione della grande maggioranza dei costituzionalisti a sollevare il velo sul contesto sostanziale o culturale in cui, per così dire, galleggiano le norme formulate in testi costituzionali; il ribrezzo ad accettare di guardarne l'aspetto carnale, se non per giudicarlo come materia inerte, è conseguenza della concezione dello Stato costituzionale come prosecuzione o completamento dello Stato di diritto legislativo che proviene da un'epoca che non è più la nostra. I « positivisti della costituzione », cioè i prosecutori del positivismo legalistico che si applicano alla costituzione, non vedono difficoltà ad applicare i loro concetti allo Stato costituzionale, poiché ritengono ch'esso non sia altro che un completamento dello Stato di diritto legislativo per mezzo d'una legge tra le leggi, sia pure una legge superiore. Essi ritengono che tra le leggi e la Costituzione vi sia solo una differenza di rango e non una differenza di natura: l'attico delle leggi, si potrebbe dire, ma legge anch'essa. I positivisti della costituzione, così ragionando, non hanno difficoltà a proseguire sulla strada consueta, semplicemente allargando lo sguardo dalle leggi ordinarie alle norme costituzionali, sistemandole

secondo il più tradizionale criterio ordinatore delle norme giuridiche, la gerarchia.

4. (*la costituzione non è una legge*) Qui ci imbattiamo nella novità, ovvia ma rivoluzionaria per i positivisti della costituzione: la costituzione non è una legge. Non stiamo parlando della costituzione secondo un concetto astratto, ciò che, del resto, avrebbe poco senso se è vero che ogni concetto del diritto, come ogni concetto della politica, ha un senso solo se concepito storicamente. Stiamo parlando delle costituzioni del tempo post-weimariano e delle società democratiche e pluraliste, tra le quali la nostra costituzione occupa un posto di rilievo. Come è nata la nostra costituzione? Considerando l'opera svolta dall'Assemblea costituente, Grossi non ha difficoltà a cogliere la natura del prodotto, ch'egli denomina non creazione, ma invenzione della costituzione o « lettura » non di un insieme di astratti principi ma di concrete istanze sociali. I Padri costituenti, in due anni di formidabile lavoro collegiale, — hanno compiuto una lettura del tessuto della società italiana in rinnovamento, per individuarvi valori e interessi diffusi e condivisi e per trasformarli in principii e assumerli a trama della Carta fondamentale. Tali principii, concepiti come punti di emersione del grande continente sommerso della socialità, non solo per la loro struttura semantica che si esprime con proposizioni affermative (il verbo essere) e non con proposizioni imperative (il verbo dovere), non possono essere confusi con i comandi di cui parla la dottrina del positivismo legalistico antico o con le norme ipotetiche del positivismo critico moderno. Sono, piuttosto, delle esplicitazioni o allusioni che spetta agli « inventori » del diritto riempire di contenuti: recipienti che non esauriscono mai le proprie capacità ricettive, prestandosi agli interpreti come vie attraverso le quali le dinamiche sociali possono salire su e affiorare nel diritto formalizzato, secondo il volgersi della loro storia.

5. (*le basi d'una dottrina dell'interpretazione giuridica*) Nel tempo della modernità che è quello della sovranità della legge generale e astratta e, potremmo dire, dello schiacciamento della realtà sociale sotto il peso dei precetti legislativi, « il giudice — dice il professor Grossi — doveva adattare il fatto alla norma, una norma pensata come premessa maggiore di un procedimento sillogistico, un procedimento squisitamente logico-deduttivo. Oggi, in questo nostro tempo giuridico post-moderno, il giudice, attraverso operazioni squisitamente valutative, deve *comprendere* il caso da risolvere e adattare la norma al fatto della vita, individuandone la più adeguata disciplina ». Questa è l'interpretazione, che si traduce nella « invenzione » del diritto, « che è un procedimento contrario a quello sillogistico perché in essa non è coinvolta solo la razionalità del giudice con le sue capacità di logico, ma soprattutto qualità di intuizione-percezione-comprensione, tutte segnate sul piano assiologico ».

È chiaro che queste proposizioni sono esplicite aperture di credito all'interpretazione come ermeneutica, dottrina alla quale, del resto, qua e là si fa riferimento in termini decisamente adesivi. Quando il giudice siede in giudizio non ha di fronte a sé, primariamente, la rete delle norme giuridiche, indossando le quali, come suoi occhiali, guardare il mondo che scorre sotto di sé. Al contrario, ha di fronte a sé, primariamente, casi della vita. Solo dopo che li ha valutati nel loro — possiamo dire — bisogno di diritto, egli si rivolgerà alle norme positive per cercarvi adeguate soluzioni: adeguate tanto al caso quanto al diritto, diceva Luigi Mengoni, un giurista il cui pensiero per molti aspetti è in sintonia con quello dell'Autore del nostro libro e che avrebbe avuto certamente, anch'egli, molto da dire sui temi alla nostra attenzione. Nella « invenzione » delle soluzioni adeguate rispetto ai due lati dell'interpretazione, formale e materiale, sta il successo dell'interprete; nell'impossibilità o nell'incapacità di inventarle, sta il suo fallimento.

6. (*la forza dell'esperienza*) Spero di non avere forzato le posizioni del professor Grossi e di non averle sfigurate. Se è così, risorge la domanda che ponevo all'inizio. Queste posizioni sono anni-luce lontane dalle convinzioni della maggioranza dei giuristi del nostro Paese, così tanto ancora imbevute di dottrine gius-positivistiche che provengono dal passato e ch'essi professano come ineludibili e invariabili pilastri della nostra civiltà del diritto. Come è possibile l'amalgama nel lavoro quotidiano comune d'un collegio che comprendente certamente giudici che, esplicitamente o implicitamente, aderiscono a concezioni diverse se non opposte della materia di cui è fatto il loro lavoro?

Non so dare altra spiegazione che questa: la forza delle cose, di fronte alla quale cede la forza di qualsiasi astratta dottrina. Ricordo — se mi è possibile un riferimento personale — che su questo argomento, un tempo, si è ragionato insieme con un caro e illustre ex-giudice della Corte: se interrogati teoricamente sulla rispettiva concezione del diritto, ci saremmo divisi; ma l'attività pratica e le sue esigenze facevano sì che si operasse quasi sempre in intesa profonda. La stessa cosa, presumo che si possa dire per Paolo Grossi giudice costituzionale.

La Corte come organo respiratorio è il prodotto della forza delle cose. Essa si avvale di strumenti di decisione che un tempo, quando furono introdotti, suscitavano critiche e perplessità ma che oggi nessuno ormai contesta (al più, se ne può criticare l'uso in concreto). « Nessuno », in verità, non è esatto dire, perché ogni tanto qualche effervescente riformatore della giustizia costituzionale, ponendosi l'obiettivo di porre limiti o addirittura divieti a quello che gli pare improprio protagonismo giudiziario, vorrebbe vietarli. Mi riferisco alle sentenze interpretative, alle sentenze di accoglimento « nella parte in cui » e perfino « nella parte in cui non »: in generale alle sentenze manipolative, fino alle sentenze di accoglimento « di principio » una recente delle quali, di particolare importanza (in tema di parto ano-

nimo, diritto del figlio di promuovere azione per conoscere l'identità della madre e diritto di quest'ultima di mantenere l'anonimato), è dovuta alla scrittura di Paolo Grossi. Con le decisioni di questo ultimo tipo, si annullano regole legislative, si richiama il legislatore al suo compito di legiferazione e, contestualmente, si toglie di mezzo la difficoltà (la norma di legge annullata) che impediva ai giudici di invenire il diritto adeguato alla decisione del caso, secondo i principi. Come si vede, un'operazione audace che non ha mancato di suscitare critiche dei giuristi della tradizione moderna. Queste decisioni di annullamento di principio stanno a significare che il legislatore ha fallito nell'opera d'invenzione del diritto attraverso norme generali e astratte (dove, l'annullamento della legge) e, a fronte di questo fallimento, che il giudice è chiamato a sua volta a compierla, con riguardo al caso particolare da decidere.

Questa fiorente varietà di strumenti di decisione difficilmente è comprensibile alla luce d'una concezione della validità delle leggi come mero rapporto gerarchico tra norme, norma costituzionale e norma legislativa, un rapporto semplice, anzi semplicistico: accoglimento-rigetto della questione; eliminazione della legge-mantenimento della legge così com'è. È un'alternativa che, pur essendo a prima vista sancita dalla costituzione e dalle leggi che ne danno attuazione, non ha retto di fronte alla forza dell'esperienza giuridica.

C'è un altro elemento di esperienza giurisprudenziale che si è fatto strada passo a passo a partire dalla seconda metà degli anni '90, riflettendo sul quale appare con evidenza il passaggio da una concezione del diritto a un'altra. È costituito dalla serie ormai numerose di decisioni, diffuse ormai in ogni parte dell'ordinamento giuridico (con l'eccezione parziale del diritto penale e processuale) con le quali leggi sono annullate non per quello che prescrivono, ma perché prescrivono tassativamente, senza lasciare spazio alla discrezionalità del giudice necessaria per apprezzare le caratteristiche specifiche dei casi concreti, sacrificate dalla generalità e dall'astrattezza della legge. Si tratta delle decisioni di annullamento dei cosiddetti « automatismi legislativi ». Troppo vari sono i casi in materie come la bioetica, la famiglia, i rapporti tra genitori e figli naturali o adottivi, le misure restrittive della libertà; troppo intrecciate sono le esigenze multiple che devono bilanciarsi, da poter essere sempre semplificate con norme che operano come il regolo dell'isola di Lesbo. La legge, in questi casi, è dichiarata incostituzionale precisamente a causa di quelle caratteristiche (la generalità e l'astrattezza) che si sono considerate non solo sue caratteristiche, per così dire, naturali, ma anche suoi titoli di nobiltà. Anche qui, una vera rivoluzione.

A questi dati della giustizia, e della giustizia costituzionale in particolare, dati che, con Grossi, diremmo post-moderni (ma, in verità, antichissimi) possiamo aggiungere, infine, il controllo sulla ragionevolezza delle leggi. Si è da ultimo cercato d'irrigidire il procedimento

logico da seguire in questo tipo di giudizio, imitando piuttosto artificiosamente schemi che in altre giurisprudenze hanno trovato il nome di giudizio di « proporzionalità ». Ma, alla fin fine, che cosa è la legge irragionevole se non quella che contraddice e forza oltre la misura di ciò che si può giustificare le esigenze della dinamica sociale? L'apprezzamento di queste esigenze si può davvero immaginare di restringere nel letto di Procuste di ragionamenti scanditi da passi uno dopo l'altro? Il controllo sulla ragionevolezza tira in ballo criteri di decisione che (diversamente dal controllo di razionalità) inevitabilmente sono estranei al puro gioco di compatibilità-incompatibilità tra norme positivamente poste, costituzionali e ordinarie, e non è formalizzabile in schemi di ragionamento predeterminati. Si tratta dell'applicazione di criteri, direi, di « giustezza » tratti dalla dinamica sociale che scardinano dalle fondamenta il vecchio principio del positivismo giuridico *ita lex e dura lex sed lex* e conferiscono un certo primato (almeno nei casi di « manifesta irragionevolezza ») alle ragioni che stanno nella vita del diritto rispetto a quelle che stanno nelle righe delle leggi, dei codici, in generale nelle parole d'un legislatore che credesse di poter trasformare in diritto ogni cosa ch'egli vuole, semplicemente rivestendola della forma legislativa. Nello Stato costituzionale attuale non è più vero che la forza della legge segua incondizionatamente alla forma di legge. C'è qualcosa d'altro, cioè l'apertura dello sguardo dei giuristi a ciò che vive, cambia, talora ribolle sotto lo strato delle leggi.

7. (*alcune domande*) Distinguendo le teorie dalle dottrine — le prime, comprensioni ordinate dei dati di realtà; le seconde, prescrizioni ordinate di oggetti di desiderio — si può forse dire che la visione del diritto del professor Grossi è al tempo stesso teoria e dottrina. È teoria, in quanto rappresenta e spiega ciò che effettivamente accade nel mondo del diritto del nostro tempo. Aggiungo, per quel che può valere, che ciò, a mio parere, fa in modo incontrovertibile. È, anche, dottrina, in quanto quella rappresentazione e quella spiegazione sono presentati anche come modelli non solo da accettare per la forza della realtà storica, ma anche per la loro desiderabilità. *Valvola respiratoria* e *carnalità* sono, infatti, modi di dire che mirano a una sorta di riabilitazione del concetto autentico del diritto, e contengono un appello alla dignità di coloro che a ogni possibile titolo fanno del diritto la loro professione, dopo due secoli di umiliazioni legalistiche o legolatriche. Mirano cioè ad additare un modello. Nel libro che commentiamo mi pare che la teoria sorregga inscindibilmente la dottrina e, a sua volta, la dottrina avvalori la teoria. Ma questa teoria che si fa dottrina, nell'impatto con le condizioni concrete della vita del diritto nel nostro tempo, mi pare che sollevi problemi sui quali vale la pena soffermarsi.

Ecco la prima domanda. La « carnalità dell'esistenza » in cui il popolo trova la sua sostanza storico-concreta e in cui il diritto affonda le sue radici dalle quali i giuristi devono trarre la linfa del loro lavoro,

non è a sua volta un'idea astratta? Per essere fonte ultima del diritto dovrebbe presentarsi come realtà sociale collettiva almeno tendenzialmente ordinata — *ordo ordinans*, si è detto — se non proprio come compatta realtà organica. Ora, se rivolgiamo lo sguardo a quella che ancora chiamiamo « società », che cosa vediamo? Vediamo frantumazioni e solitudini di individui in competizione tra loro che stanno sempre solo provvisoriamente gli uni accanto agli altri, ma sempre meno vivono insieme condividendo valori, interessi, progetti comuni. Politici, psicologi sociali e sociologi, del resto, hanno non da ora proclamato la « fine delle società ». In queste nostre, chiamiamole « post-società », dove stanno i « fatti normativi », le consuetudini che la visione del diritto come « invenzione » valorizza come fonte ultima che legittima il diritto formale? Non più esistono ideologie generalmente condivise che proponcano « visioni del mondo »; nemmeno più la fede religiosa, estrema risorsa, è capace di esercitare un'efficace funzione sociale aggregante. La prima guerra mondiale, tra le varie cose, aveva mandato in frantumi buona parte dei legami sociali esistenti senza sostituirli con altri nuovi, spianando anzi la strada al secolo della forza assoluta o, come s'è detto, dello Stato di delitto. Se, poi, alla tragedia della seconda mondiale è seguito un tempo di solidarietà nello sforzo della « ricostruzione » (di cui la Costituzione è un glorioso prodotto), la ricomposizione è durata fino a quando non è stata sconfitta non in una battaglia campale tra idee politiche, ma dalla pervasività d'una visione pratica della vita, efficacissima nemica dei legami sociali, insinuante, seducente e continuativa. Non sono qui da indagare le cause di questo sfaldamento odierno che opera nelle coscienze e nei comportamenti, cioè appunto nella carnalità. In tale contesto, la legislazione non è allora forse un'ultima possibilità di tenuta? Che dire, poi, delle questioni che dovrebbero interpellare la cosiddetta « coscienza sociale », come quelle riguardanti il « bio-diritto »: i dilemmi che riguardano modi di concepimento della vita, limiti dei trattamenti medicali, modalità della morte? Che dire, inoltre, quando si devono affrontare temi su cui, nella società composita del nostro tempo, si affrontano diverse culture, diverse concezioni del mondo sociale?

Si può stabilire una proporzione di questo genere: tante più leggi, quanti meno legami materiali; tanta meno spontaneità, quanta più artificiale forza di legge. D'altra parte, non è forse vero che quasi sempre quando i giudici, Corte costituzionale in testa, attingono le loro ragioni da valori materiali pre-positivi (la « coscienza sociale », per l'appunto), per esempio quando la « ragionevolezza » si contrappone alle « ragioni » del legislatore, c'è sempre qualcuno che dice trattarsi di « invenzione » non nel senso dell'« invenire », ma in quello dell'« inventare » e dell'imporre?

La seconda domanda. Il mondo della disgregazione sociale in cui viviamo è tuttavia tenuto insieme da « fatti normativi » che costituiscono quella gabbia che si denomina « dittatura del presente » imposta

dalle ferree leggi della finanza globalizzata e dallo sviluppo illimitato, incontrollato e pervasivo, della tecnica alimentata dall'economia. Sono fatti normativi anch'essi, dotati della massima potenza, ma privi di qualunque legame anche solo lontanamente riconducibile a una qualunque nozione di socialità imparentata con la solidarietà. La legittimità del diritto può radicarsi in questo genere di fatti normativi? Se si aspira a qualche cosa di diverso, non si deve sperare di poter fare conto sul valore riformatore della legge? Ogni riforma operata con mezzi giuridici è, per definizione, un atto di autonomia della legge dalla realtà sociale sottostante. In sintesi: la sottovalutazione delle potenzialità riformatrici della legislazione non ci consegna impotenti alla fattualità, anche quando essa ci appaia repulsiva? Nell'epoca post-moderna, dobbiamo accantonare l'idea della legge come fattore di riforma sociale? Quando si parla di nichilismo giuridico, non si indica forse il tempo in cui viviamo, il tempo in cui il diritto rinuncia a un proprio universo di valori politici e si consegna impotente ai fatti normativi dominanti che, oggi, sono quelli or ora detti, per diventarne funzione conseguente e servente? Ma, oltre a questa funzione riformatrice della legge, credo che tutti noi attribuiamo alla legge anche una funzione, per così dire, « resistenziale », contro le involuzioni culturali che nel momento attuale sono in agguato. Involuzioni che giustificano, anzi nobilitano, le disuguaglianze, motivano le discriminazioni e perfino si colorano di razzismo. Sono tutte cose rispetto alle quali la resistenza potrebbe (almeno fino a un certo punto: le radici, infatti, non sono giuridiche ma culturali) ricorrere alla legge. Saremmo disposti, in questi casi, a esporre la forza della legge alla forza di fatti normativi di questa natura?

La terza domanda. La visione del diritto come « invenzione » implica, in tutti gli ambiti delle professioni giuridiche, l'esistenza di giuristi capaci di guardare la loro esperienza nel profondo. Non può accontentarsi di tecnici della legislazione. Anzi: si potrebbe dire che tanto più essi sono versati nei virtuosismi dell'argomentazione puramente legalistica per mezzo dei tanti strumenti della logica giuridica, tanto più collaborano a separare il mondo delle leggi dalla carnalità del diritto e ad aggravare la distanza del diritto dalla sua radice materiale. Occorrerebbero giuristi che siano persone di cultura esperte di vita, non solo di leggi. Ne conosciamo in numero sufficiente? La formazione che è impartita nelle Università riflette la consapevolezza di questa necessità? Quale responsabilità abbiamo noi stessi quando ci proponiamo come maestri o, almeno, come insegnanti di diritto?

8. (*risposte necessarie*) La visione del diritto tratteggiata come « invenzione » è suggestiva anche ai miei occhi. Sia pure attraverso percorsi diversi, anch'io — chiedo venia nel nominare me stesso — sono giunto a conclusioni simili a queste, per esempio affermando che il diritto, oggi, non è proprietà esclusiva del legislatore, ordinario o costituzionale che sia: « tra Stato costituzionale e qualsiasi 'padrone del

diritto' c'è una radicale incompatibilità. Il diritto non è oggetto in proprietà di uno ma deve essere oggetto delle cure di tanti [giudici, legislatori, uomini di cultura] e, come non ci sono 'padroni', così simmetricamente non ci devono essere 'servi' del diritto ». Questa diffusione e relativizzazione delle responsabilità non espongono però, forse, ai rischi che sollevano le tre domande esposte prima di questa conclusione? Conclusione che potrebbe suonare così: proponendole, quelle domande, le pongo anche a me. Non avendo risposte sicure, mi auguro che avremo davanti a noi un lungo cammino dialogante con lei, carissimo e illustrissimo professor Grossi.

Lecture

PIERO AIMO, *Comuni e Province: Ottocento e Novecento. Storie di istituzioni*, Pavia, Pavia University Press, 2017, pp. 276.

Con questo volume, Piero Aimo — uno dei più noti specialisti della storia amministrativa italiana — raccoglie e sistematizza una serie di suoi contributi apparsi nel corso degli ultimi anni e baricentrati sulla questione delle autonomie periferiche nel nostro ordinamento amministrativo. Il libro si propone in particolare come utile complemento di alcuni studi d'insieme già dedicati dall'autore alla medesima tematica negli anni passati (*Stato e poteri locali in Italia dal 1848 ad oggi*, Carocci, 1997 e *Il centro e la circonferenza. Profili di storia dell'amministrazione locale*, FrancoAngeli, 2005). Se in quei testi si offrivano le linee evolutive generali dell'amministrazione locale italiana dal Risorgimento al presente, gli undici saggi contenuti nella raccolta qui recensita si soffermano piuttosto su una serie di snodi e di problemi di quella stessa vicenda, offrendo approfondimenti critici ulteriori che non hanno potuto trovar posto nelle trattazioni di sintesi offerte altrove. In particolare (con l'unica, segnalata eccezione del primo contributo, dedicato all'esame della nozione di autonomia nelle riviste giuridiche italiane del secondo dopoguerra) tutti gli altri saggi lasciano volutamente da parte l'ambito dei 'discorsi' sull'amministrazione per concentrarsi invece sul modo di essere e sul funzionamento effettivo di quest'ultima: e ciò ora ripercorrendo lo sviluppo normativo, sul lungo periodo, di alcuni grandi istituti (il Consiglio comunale; il Sindaco 'regio'; le amministrazioni provinciali), ora concentrandosi invece sull'esame di specifici casi di studio (come nei due articoli dedicati ai Prefetti di Milano) ora infine monitorando l'evoluzione di alcuni comparti funzionali (come quello della tutela dell'infanzia da parte delle istituzioni locali) o le variazioni subite da certi gangli della organizzazione (i controlli).

Il risultato è anzitutto un volume di grande utilità per chiunque abbia interesse ad avvicinare i temi dell'amministrazione locale. Nella loro maggioranza, questi saggi sono infatti costruiti come altrettante rassegne critiche della letteratura corrispondente: la quale, a sua volta, viene discussa cercando di raccogliere e sistematizzare con la massima attenzione possibile non solo le ricerche di ordine generale, ma anche i vari carotaggi ad oggi disponibili su singole realtà locali, spesso tutt'altro che agevoli da censire.

Proprio questo tentativo, d'altra parte, di abbinare generale e locale — o meglio, di cercare nel 'locale' un momento di verifica delle linee normative definite a livello nazionale per le rispettive istituzioni amministrative — mi sembra il secondo elemento rilevante del nostro testo. Per quanto da molto tempo segnalata come un obiettivo prioritario a livello metodologico, l'importanza d'integrare l'immagine legale dell'ordinamento — e dunque la storia del correlativo dibattito politico-parlamentare — con un esame della sua effettiva traduzione in atto non sempre è stata interiorizzata dalla storiografia. Soprattutto in un settore come quello delle amministrazioni periferiche, in cui la misurazione della 'resa' di certe soluzioni istituzionali è per definizione affidata a faticose analisi condotte su una prassi molto variegata, storia generale e storia locale continuano spesso a scorrere su piani paralleli o poco interferenti. L'approccio qui seguito da Aimo, per quanto baricentrato essenzialmente sul livello più alto della tematica istituzionale, si sforza comunque di inglobare nel proprio quadro di riferimento tutta una serie di esperienze particolari per trarne elementi di valutazione delle scelte politiche di ordine complessivo (si veda, per es., il contributo su *Gli enti locali e la tutela dell'infanzia*, di sicuro uno dei più ricchi e originali del volume, nel suo confrontare il tracciato della legislazione nazionale con i « profili dell'effettività » ricavabili dalle indagini sul campo).

Il terzo, e forse il più rilevante elemento da segnalare, è poi costituito dal sostanziale superamento della *querelle* che per tanto tempo ha diviso il campo della storiografia amministrativa italiana tra i fautori di una interpretazione 'stato-centrica' del nostro sistema di governo e coloro invece che ne hanno voluto sottolineare, se non le vocazioni intenzionalmente autonomistiche, quantomeno la tendenza a risolvere le sue teoriche vocazioni centripete in un « accentramento debole », incapace di soggiogare le periferie tramite una macchina dell'obbedienza realmente idonea ad imporre in modo verticale la volontà del vertice politico in ogni angolo del territorio. Tipica eredità della fase d'impianto della storiografia amministrativa in Italia, questa diatriba si è venuta smorzando poco per volta, man mano che allo studio dell'impianto legislativo dell'amministrazione e dei correlativi dibattiti (questi ultimi fortemente condizionati, tanto in origine che in sede storiografica, da pesanti ipoteche ideologiche) si è venuta affiancando l'indagine sul funzionamento concreto delle istituzioni. Come dimostra appunto il nostro volume, a oggi ha poco senso insistere a domandarsi se l'Italia liberal-fascista prima e proto-repubblicana poi costituisse o meno uno Stato 'accentrato' — il termine stesso 'accentramento' contenendo in sé un grado tale di ambivalenza da risultare poco utile come categoria analitica. Si tratta di una conclusione ben colta, già alcuni anni fa, dallo stesso Aimo: che nel riproporre e commentare un profetico articolo di Alberto Caracciolo del 1961, sottolineava come nessun ordinamento amministrativo possa essere

valutato prescindendo dal sistema politico su cui s'innesta (*Il circolo 'vizioso' di uno storico 'virtuoso': l'accentramento in Alberto Caracciolo*, in « Storia Amministrazione Costituzione. Annale ISAP », XIV, 2006, pp. 19-30). Nel caso italiano, in particolare, se l'adozione di un modello istituzionale di ascendenza franco-napoleonica è stata subito abbinata, tanto dai contemporanei che dagli storici, all'immagine di un'amministrazione 'dominativa', esclusivamente vocata a trasferire in capo agli amministrati le scelte assunte dal governo, quello stesso modello ha assunto fin dall'inizio ben altro significato in rapporto alle istituzioni rappresentative del paese. Governo e parlamento, in effetti, hanno da noi costantemente funzionato come lo specchio di una società disomogenea e strutturalmente ancorata alla dimensione del 'locale'. Più che a sintetizzare, cioè, una ipotetica volontà 'generale' della nazione, durante tutta l'età liberale il meccanismo parlamentare è servito a dar voce alle molteplici richieste di ciascuna delle piccole o piccolissime patrie che componevano l'intero, secondo un modello che richiama in qualche modo quello delle rappresentanze cetuali premoderne. E proprio questo particolare uso dei canali della rappresentanza politica (uso che, personalmente, più che « vizioso » od « anomalo », preferirei definire conforme alla costituzione materiale del paese) ha reagito sulla morfologia dell'amministrazione: trasformandola da braccio operativo di un ipotetico Moloch unitario nello strumento di cui la federazione d'interessi di volta in volta uscita vincente dal conflitto parlamentare si è servita per soddisfare alle domande delle sue singole componenti in sede periferica. A favorire l'instaurarsi di questo meccanismo, molti sono stati gli elementi di contorno — da una cronica debolezza della finanza locale, che fin dal principio si è trovata a dipendere in larga misura dalle erogazioni più o meno straordinarie del centro, fino ad una interpretazione dell'ente Provincia (rileva Aimo, rinviando ad una nota definizione di Urbano Rattazzi) che ne ha sempre declinato l'essenza più nei termini di una « associazione di Comuni cui demandare essenzialmente il compito della tutela » nei confronti di questi ultimi (p. 60) che non in quelli di un autonomo livello di governo armato di forti attribuzioni proprie, secondo il profilo caratteristico invece del *Département* franco-napoleonico. È comunque nei punti di sutura tra sistema politico e sistema amministrativo che dobbiamo cercare con pazienza i tratti originari del modello di governo locale italiano: un modello segnato tutto da una continua negozialità tra centro e periferia, della quale è probabilmente ancora la figura del prefetto a costituire lo snodo più interessante e storicamente rivelatore.

Proprio alla luce di notazioni del genere, d'altra parte, il lettore di un volume come il nostro è inevitabilmente condotto a chiedersi in quale misura le peculiarità del caso italiano finiscano per essere riscontrabili anche altrove, ovvero a quali differenti esiti siano invece approdati, nel corso del medesimo periodo, altri paesi europei, pur magari

condividenti con noi uno stesso modello di partenza di organizzazione amministrativa. Si riapre così la vecchia questione di quella storia comparata dell'amministrazione europea che, nonostante l'impegno di tanti studiosi, siamo ancora ben lontani dall'esser riusciti a fondare e che sola sembra in grado di dischiudere nuovi orizzonti alla ricerca storiografica nel nostro campo. Il lavoro di Aimo, pur collocandosi su un piano certo diverso da questo, ha il merito di riassumere in modo molto efficace i gangli fondamentali del sistema italiano, ponendo le basi per lo sforzo ulteriore che ancora attende gli storici negli anni a venire.

LUCA MANNORI

WOLFGANG ERNST, *Rechtserkenntnis durch Richtermehrheiten: „group choice“ in europäischen Justiztraditionen*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2016, S. XX-362.

A couple of summers ago I was lucky enough to participate in one of the last archaeological campaigns in Ashkelon. On the first morning, John, the grid supervisor, demonstrated for me how to remove winter wash from the high dirt walls. The sun was not yet up when, from across the grid, someone cried out « Roman coin! » It was Chris, a college student who, over the course of the summer, found more ancient artifacts than the rest of us put together. In the time it took us to turn around, Chris had hopped over a couple of low stone walls from the Persian period and was standing in front of us, beaming, with the small greenish object in the palm of his hand. John poked at it with his finger and asked where he had found it. Chris did not know, it had just been lying around. « Throw it away », John said as he turned back to the wall. « Without context, it's meaningless ».

Legal historians provide historical context for discussions about legal norms and procedures. Unlike archaeologists, however, jurists can find meaning in a legal norm even if they are unaware of the situation in which it arose. Those who work in the law are concerned with determining which norms are most appropriate for our current circumstances. It does not matter to contemporary lawyers and judges that the proposed solutions arose in various moments and circumstances, that some have been imported from abroad, and that the legal system consists of a potpourri of strange and incongruous items that sometimes subvert the coherence of the legal order. What is important is not where the ideas came from but rather whether they present a helpful solution to the legal problem at issue and whether they can be made to fit into the current system.

The law is not alone in focusing on usefulness rather than roots. In other fields of the humanities, the historical origin of a doctrine may seem to be irrelevant. A moral philosopher on my faculty insists that he is not interested in the history of moral ideas. He is concerned only with determining which of the various approaches is right. This conception underlies the venerable American tradition of the Great Books curriculum, which unconcernedly brings Aristotle into direct conversation with Rousseau and Wittgenstein. Theology often looks to church history as a source of contemporary inspiration, and, in the same way, practicing artists consider the art of the past. In writing school, for example, students examine a work of fiction not in order to understand the historical situation in which it arose but rather to appreciate how it is put together — to admire, for example, how the author managed to introduce six characters in the first paragraph of the novel (as Kerouac did in *On the Road*) or (to stay with Kerouac) to evaluate the mode of composition, namely what might be gained by typing out a book in three frantic weeks on a single roll of paper. Context and technique may even be taught in separate faculties. Techniques of movie-making are explored in film school while film history and theory are taught in the faculty of arts and sciences. Though a good education looks to both disciplines, they are different enterprises.

And yet...

The nature of law may make historical context particularly important to it. The law is a system of norms created in the past. They continue to bind us until they are amended through a process that the past has also prescribed. The law's particular task, therefore, is to provide solutions to the challenges of the present while beginning with the wisdom of our predecessors. To meet our challenges we may propose novel solutions, but, to the extent they are legal solutions, they must always be integrated into a system of inherited norms. Borrowing — from the past, from abroad, even from the future — has become a familiar feature in all fields of postmodern culture, and there is no reason to think that historical awareness is essential or even useful to that practice. But the law is different because its specific task is to maintain a connection with our inheritance. For that reason, we may make serious mistakes if we alter our norms without first fully appreciating them. In the introductory lectures Blackstone gave to his Oxford students — some of whom, as he knew, would become members of Parliament — he explained that ignorance of the history of the common law leads to ill-informed legislative attempts to amend it.

In the law, historical context is especially important when it reveals the theoretical tension at the root of institutions that we generally take for granted. The logic of some of those institutions seems so evident that practicing lawyers may be surprised to learn that they have a history, that they were created to solve a particular problem, and

that other solutions have been adopted elsewhere. A good example of this phenomenon is the process of internal decision making on multi-judge courts, the subject of this brilliant new book by Wolfgang Ernst, Regius Professor of Civil Law at Oxford. In many modern legal systems, appellate cases are decided by more than one judge. And yet the various mechanisms available for the decision process are rarely the subject of discussion. It is particularly surprising that this matter falls under the radar even in the common law, whose method for interpreting appellate opinions is one of its most distinctive features. American law students are taught how to read the majority opinion in the context of the concurrences and dissents and how to interpret holdings broadly and narrowly, but almost nothing is said about how we should structure the decision process.

The title of Ernst's book might be loosely rendered into English as *Law Finding by Judicial Majorities*. The book presents the history of the discussion about how courts should build judicial majorities as they interpret the law and decide the cases. In these matters, as Ernst demonstrates, there are choices. These choices have historical antecedents, and the choices made by each system are determined by a complex and sometimes inconsistent set of objectives. Ernst elaborates the often unsuspected background and controversial nature of the major existing solutions to this almost invisible problem. His book is therefore essential for all those who become interested in questions of legal interpretation.

Ernst elaborates so convincingly the insights of earlier jurists about the nature of judicial adjudication that, as I note below, one of those insights has caused me to revise my ideas about how to read judicial opinions. And yet Ernst's book is not just a masterpiece of comparative law and a wonderfully accessible product of remarkable erudition. It also presents a critique of some aspects of the current practice of collegial courts on the European continent, a critique that he summarizes in his short *Nachbetrachtung*. The book is designed to provide us with the background we need to appreciate his analysis and evaluate his suggestions for improvement.

The goal of the book is to reconstruct the wide variety of different methods for decision making by multi-judge courts in the major Western legal systems. Ernst explores the often idiosyncratic ideas on these questions found in Roman law and among the jurists of legal humanism and the Enlightenment and then provides an overview of the differing conceptions of this process in several modern jurisdictions, including English, French, German, and American law. In this way, Ernst's book contributes to the recent debate on questions of judicial transparency, accountability, deliberation, and legitimacy inspired by

the work of Mitchel Lasser ⁽¹⁾. Yet Ernst brings a different perspective to this discussion. Whereas Lasser focuses on three contemporary high courts — the French Cassation Court, the United States Supreme Court, and the European Court of Justice — Ernst surveys two thousand years of judicial decision making and examines courts at all levels of jurisdiction as well as the practices of arbitral tribunals and ecclesiastical courts. While Lasser explores judicial discourse — the substantive reasons judges employ as they argue about and decide cases and justify their decisions ⁽²⁾ — Ernst examines the quite different question of the procedural and formal mechanisms for organizing deliberation and reaching a decision, together with, most importantly, the theoretical justifications for the different solutions. Due to Ernst's particular focus, the conundra associated with public choice theory are also generally not relevant to his discussion ⁽³⁾.

The central insight that emerges from Ernst's book is that mechanisms for decision making on multi-judge courts can be arranged on a spectrum that extends between two poles — at one end, the final judgment is produced by summing together the votes of the individual judges, while, on the other, judges construct their judgment in a collective process as a collegial body. Ernst suggests that there is a historical evolution, which passes through many intermediate steps, from the first method to the second. The first approach is found in the Roman and the common laws while the second is preferred in civilian systems. The reality is of course more complex than these two ideal types. The genius of the book is its subtle examination of the possible variations, the exploration of how those variations have been justified, and the discussion of the advantages and disadvantages of each conception. Ernst also examines the related question of the forms of judicial opinions. In courts in which each judge is individually responsible for the decision, opinions are generally the responsibility of the individual judge. In such systems, such as the English high courts, the difficulty lies in determining the holding and the precedential weight

(1) See Mitchel LASSER, *Judicial Deliberations: A Comparative Analysis of Transparency and Legitimacy*, New York, Oxford University Press, 2004; *The Legitimacy of Highest Courts' Rulings: Judicial Deliberations and Beyond*, Nicolaas Huls, Maurice Adams, Jacco Bomhoff (Eds.), The Hague, T.M.C. Asser Press, 2009. See also Mitchel LASSER, *Judicial Transformations: The Rights Revolution in the Courts of Europe*, New York, Oxford University Press, 2009.

(2) LASSER, *Judicial Deliberations*, cit., p. 10.

(3) For a discussion of these topics from the point of view of public choice theory, see, e.g., L. KORNHAUSER, L. SAGER, *The Many as One — Integrity and Group Choice in Paradoxical Cases*, in « Philosophy and Public Affairs », 32 (2004), pp. 249-76; ID., *The One and the Many: Adjudication in Collegial Courts*, in « California Law Review », 81 (1993), pp. 1-59.

to be attributed to it. In collegial courts, which must elaborate a single opinion, the timing of the difficulties shifts to the moment when judges with differing views must reach agreement on a single theory and a uniform result.

The eventual goal, for which this book represents the historical prolegomenon, is to extend the traditional study of legal method to include an analysis of collaboration on multi-judge courts and thereby to produce a methodology of collective judicial decision making (p. 4). In other words, the ultimate task is not a sociological description of multi-judge courts but rather an evaluation of the normative justifications for the different approaches.

1. *Roman Law*. As one would expect from an accomplished Romanist, Ernst begins his discussion with Roman law. Panels of Roman judges or arbitrators did not form collegial bodies. Each member decided the case individually. The final vote count determined the result. There was no examination of the arguments by which the judges reached their results and no need for judges voicing with the majority to agree in their reasoning. In the first two parts of his book, Ernst examines judicial mechanisms in Roman law and the *ius commune* by tracking several discussions that occupied jurists for centuries. The first two discussions involve cases in which judges disagreed about the result — in one type of case, the disagreement was quantitative, in the other, qualitative. The final example involves political intervention in criminal trials.

With regard to the first type of problem, as Ulpian explained, if the several arbitrators made different awards, there was no judgment. A majority vote, in contrast, decided the case ⁽⁴⁾. In this context, Ulpian cited Julian's celebrated puzzle: What result if the three arbitrators concur in liability but disagree as to the amount of recovery — one awards 15, the second 10, the last 5? Julian suggested that, in such a case, the award should be 5, since that was an amount to which all three arbitrators agreed. Julian's suggestion has been controverted, since it is likely that a majority of the panel, if asked, would reach agreement at 10. However, the Romans were not interested in hypothetical agreement. Julian began from the premise as Ulpian stated it, namely that, in such a case, there was no majority and therefore no judgment. His suggestion represented a last-ditch attempt to rescue the decision. Since all three decision-makers actually awarded at least 5, neither they nor the parties could object to damages in that amount.

The second type of case involves the even more complex problem of qualitative disagreement. In a letter to Ariston, Pliny the Younger recounted what seems to have been an actual judicial proceeding in the

⁽⁴⁾ D. 4.8.27.3 (Ulpian).

Roman Senate, which he reduced to a simple hypothetical: What result if, in a homicide case, the first judge favors the death penalty, the second banishment, and the third acquittal? ⁽⁵⁾ Pliny himself seems to have preferred acquittal. It seems he was asking whether those who were in favor of the death penalty should also be allowed to vote for banishment. If only one vote were taken and each senator were required to vote his mind, then a majority might not have been found in favor of either of the specified punishments. As a consequence, the defendant would go free. Ernst explores both Pliny's arguments and the wealth of modern commentary.

The last of the ancient debates Ernst examines here concerns the *Calculus Minervae* — Athena's legendary intervention in the judicial trial of Orestes. One version of the story reports that the votes of the twenty-four judges resulted in a tie. Athena intervened in favor of acquittal. Augustus may have intervened in a similar manner in criminal trials under the Empire.

2. *Ius Commune and the Learned Lawyers.* The Azonian Gloss posed a hypothetical related to Julian's puzzle: What result if two of the judges choose 10 and the remaining judge 5? In this case, Azo, Accursius, and Bartolus believed they were following Julian when they deduced that the judgment should be 5, while the Legists endorsed the application of majority rule and approved an award of 10. Baldus, complicating the hypothetical, asked about the result if the three judges differed not only as to the amount of liability but also concerning the dates on which payment would be due. Since in such a case the differences were not reducible to a single variable, Baldus opined that there would be no enforceable finding of liability.

Renaissance scholars also took up Julian's challenge. Charles Dumoulin argued that Julian was incorrect in assuming that 5 is implicit in the judgments for 10 and 15. In the physical world, the smaller quantity is usually contained in the larger, but that is not always the case with human intention. If one imagines that the three judges, even after extensive discussion, were not able to reach agreement, that means that the judge who decided for 15 expressly rejected 5 and 10. Unless the two judges imposing increased liability implicitly agreed to reduce their judgments to 5, there can be no recovery. Ernst follows this discussion down through the ages — including commentary by Faber, Covarruvias, Groenewegen, Voet, Huber, Pufendorf, Cocceji, and Kreittmayr. Ernst's meditation on the subtlety and creativity of this discussion produces in the reader — at least it did in this reader — the kind of pleasure that only a good book can provide.

⁽⁵⁾ Pliny Epist. 8.14.17.

The evolution on the Continent toward a collegial conception of decision making was due principally to three factors — the desire to escape the tyranny of the individual judge (a distrust especially understandable before judges were required to explain their decisions), the thought that anonymity would protect against corruption by making it more difficult to identify the designated judges, and the growing awareness of the desirability of a uniform professional jurisprudence. Intermediate forms in the evolution included consultation with an expert witness (*consilium*), discussion among judges (*auditores*) on the Rota Romana, the collective judgments of the Reichskammergericht and the Reichshofrat, and cases referred to law faculties, with their largely collegial decision process.

As courts in the late middle ages began to conceive of themselves as collegial bodies, jurists understood that classical Roman law was inadequate for their purposes and that they would have to begin to elaborate rules for majority voting. They abandoned their confidence in the finality of each judge's initial judgment and instead instituted procedures for layered decision making. In the case of a tie vote, presumptions were considered (*causae favorabiles*), such as the presumed validity of a marriage and the presumption of innocence. The presiding judge was occasionally given the deciding vote. Sometimes a tie was broken by another court, or by the ruler. Nonetheless, the *ius commune* did not manage to resolve these problems convincingly.

3. *The Enlightenment.* The English jury, with its rule that a verdict could be reached only by unanimous vote, had a profound influence on the Enlightenment discussion about legal certainty. The English jury was not a collegial body. Instead, after joint consultation the individual jurors voted according to their own consciences. And yet the jury could only speak if it spoke unanimously.

Condorcet, the French philosopher and mathematician, was concerned with the risk of legal error in criminal proceedings. Legal error is a difficult matter for a social contract theorist because the social contract would seem to permit only a minimum of such risk. Condorcet believed that the risk of legal error was acceptable only if it was consistent with the other risks citizens must confront in daily life — risks, such as the risk involved in a maritime journey from Calais to Dover, that can be confronted without exceptional courage. Condorcet calculated the acceptable risk to be $1/144,768$. In the absence of other factors, this is the maximum permissible risk for a legal decision. However, other factors must be considered, such as the risk to society that a guilty defendant might be set free. Condorcet concluded that, if the odds for a correct decision by an individual judge were $9/10$, then a decision made by a qualified majority of six on a panel of 30 (18 to 12) would present an acceptable risk.

Joseph von Sonnenfels, the Austrian jurist and novelist, was also impressed by the English jury. He argued that, as far as questions of fact were concerned, the presumption of innocence would permit a guilty verdict only if the court was unanimous. The pull of unanimity resonated for a century and caused legal scholars who wished to defend majority decisions to produce new arguments. Anselm von Feuerbach responded that a qualified majority of 2/3 or 3/4 would be sufficient to assure certainty. Carl Anton Mittermaier argued that, however comforting a unanimous decision might be, in many cases it would result in releasing a guilty defendant.

The great French mathematician Pierre-Simon Laplace also took a position in this debate. His goal was to find a method to reconcile the risk of condemning an innocent defendant with the corresponding risk of setting a guilty one free. One of Laplace's important insights was that a case decided by one vote — a decision by a closely divided court — has little more than a fifty percent chance of being right. Unanimity, on the contrary, provides something approaching legal certainty. From this standpoint, Laplace evaluated the degree of certainty that should be required for a guilty verdict. He believed that a risk of error of more than 1/4 was unacceptable — such as a decision reached by five out of a panel of eight judges. The presumption of innocence corresponded numerically to a probability of at least nine out of twelve ⁽⁶⁾.

The Italian jurist Francesco Barbacovi provided a remedial form for the Laplacian insight. He agreed with Laplace that a simple majority provides a highly uncertain foundation for an all-or-nothing judgment. He suggested instead that the extent of liability should be related to the proportion of the votes. When two-thirds of the court votes for the plaintiff, the judgment should allow plaintiff full recovery. When the vote is equally divided, the judgment should divide liability equally between the parties. When the vote is between a tie and a two-thirds majority, the plaintiff should recover two-thirds of the claim. Barbacovi also found it unjustifiable that a party that loses the case in the first instance should necessarily win if the appellate court reverses. Instead, he believed that the votes of the judges on the trial and appellate courts should be added together to determine which of parties should prevail.

⁽⁶⁾ Laplace's argument contradicts a common law intuition. Though unanimous opinions are powerful, they are rare when the issue is difficult. Common lawyers sometimes consider a close vote to be even more powerful, since it is then likely that both sides presented their arguments convincingly and that the issues were seriously considered. As Arthur Corbin used to say, hard cases make good law. See A.L. CORBIN, *Hard Cases Make Good Law*, in «Yale Law Journal», 33 (1923), pp. 78-82. Nonetheless, Laplace's insight convinces me that such decisions may do more to illuminate the problem than they do to solve it.

4. *Modern Developments.* In the second half of his book, Ernst compares the attempts of modern Western legal systems to resolve these difficulties. He examines a wide range of topics, arguments, and examples from discussions in France, Belgium, Switzerland, Germany, the Netherlands, England, and the United States, as well as from the law of arbitration and from judicial tribunals in the Catholic Church.

In his discussion of French law, Ernst examines the provision in the French Code of Civil Procedure of 1806 (art. 117) that resolved issues involving quantitative and qualitative difference. If more than two opinions were represented on the court, the judges whose view had attracted the fewest number of votes were required to adhere to one of the other positions. Under this rule, Julian's hypothetical ballot of 15/10/5 would generally be resolved at 10, since, in the French view, a judge who voted for a greater sum also voted for the lesser.

Early in the evolution of German judicial procedure, judges announced their individual judgments separately. After passing through several intermediate stages, German courts eventually developed a collegial system in which judges examine the issues and draft their legal conclusions collectively under the guidance of a reporter (*Berichterstatter*). This evolution raised as many problems as it solved. For example, the collegial system creates a disincentive for individual judges to spend time on the cases for which they were not chosen as reporter. They can follow the discussion passively and limit their active participation to the final vote. As a result, only one or two of the judges on a collegial court consider the case attentively. In Ernst's view, this practice negates the very idea of a collegial court, since it allows one or two judges to determine the result. Another problem arises from the confidentiality of judicial deliberations. Confidentiality makes it difficult for the public to determine whether judges are properly applying the law. If judges fail to vote in the manner prescribed by law, should such a violation provide grounds for reversal? And if so, does it permit the parties to break through the confidentiality of the proceedings and depose the judges?

On collegial courts the discussion generally follows the elements of the relevant cause of action — liability and guilt are discussed in a first phase while the measure of damages and the level of punishment are considered subsequently. The question then arises as to how the judges should vote — whether on each issue separately or rather only on the final result. If the judges vote first on the final result, they might later find that they are unable to reach agreement on the reasoning. If they vote separately on the individual issues, the ultimate decision might differ from a vote taken on the final result. There is an additional dilemma as well. When a judge's position is rejected at an early stage of the discussion, is that judge required to accept the majority's conclusions when participating in the subsequent debate? For example, when a judge believes that the defendant is innocent, should that judge vote during sentencing for reduced punishment or rather for the punishment

believed to be proper if the defendant were guilty? In sum, the development of collegial courts produced a tension between a judge's personal conviction and the need for collective action.

The Nazis attempted to introduce the leadership principle (*Führerprinzip*) into all aspects of German life. They understood that principle to mean both that the Führer's word was superior to the law and also that every social organization was subject to the control of its leader, who therefore could require absolute obedience from subordinates. The question arose concerning how this principle should be introduced into the operation of collegial courts. Some argued that collegial courts should be abolished in favor of single judges. Others suggested that the chair of each panel should be responsible for the decision, with the other panel members sitting solely in an advisory capacity. Even jurists loyal to the regime rejected these ideas, insisting that, while the leadership principle might be useful when orders are to be given on a battlefield, discussion forms the essence of a judicial decision.

Ernst examines the common law largely in the form of the English court system, with occasional reference to American courts, and concludes that they do not operate as collegial courts in the Continental sense. Each common law judge, like a Roman *iudex*, is fully authorized to reach a decision in the case. As a result, each has the right to publish an individual opinion. The majority decides the case, but even judges voting with the majority may disagree about how to explain the result. The task of integrating the different opinions into a meaningful holding is left to the reader. Of course common law judges discuss their cases with each other, but since, in contrast to courts in civilian systems, no judge serves as reporter, each judge engages fully with the issues. Moreover, no judge is compelled to support a position that the judge finds unconvincing. Thomas Jefferson strongly defended individual judicial opinions — by indicating how the individual judges voted, they suggest something about the value of the decision as precedent.

The difficulty with common law adjudication becomes obvious retrospectively, as those who read the opinions attempt to make sense of them. It is often possible to interpret a common law holding in different ways. It seems that the British themselves are becoming increasingly uncomfortable with the disadvantages. Ernst quotes the plaintive cry of one Court of Appeals (p. 274): « Was it necessary for the opinions of the House [of Lords] to have come to us in the form of six substantive speeches . . . ? Could not a single majority speech have provided clear and straightforward guidance . . . ? » (7).

5. *Conclusion.* It may at first seem that Ernst's book lacks focus.

(7) Doherty v Birmingham City Council [2006] EWCA Civ 1739 (Court of Appeal), para 63.

Though his individual discussions prove to be of great interest, they may not seem to cohere. Unlike authors writing in a traditional civilian commentary, Ernst does not begin by delimiting the scope of his subject matter. Instead, he relies chiefly on chronology to do the organizational work.

Such objections ignore the task that Ernst has set for himself. He is attempting to provide the historical prolegomenon to a new field of legal method, a field devoted to determining how judges on collegial courts should collaborate. The goal is not only to decide each case appropriately and to provide workable principles to guide subsequent conduct but also to assure a meaningful decision process. In other words, Ernst has taken the first step toward the systematic examination of a much ignored and yet critical area of the law. For this reason, he has chosen to range widely, indicating as many as possible of the sources that must eventually be evaluated. This is a highly ambitious work.

And it is a daring one as well. In his *Nachbetrachtung*, Ernst makes clear why he has devoted so much effort to this topic. He believes that collegial courts, which represent the sophisticated product of the long evolution he chronicles, provide yet another expression of what Henry Jacoby called the « bureaucratization of the world »⁽⁸⁾. Like other state organs, collegial courts provide consistency and basic competence, but, also like those organs, their product is mediocre and their deliberation is devoid of personality and any sense of individual responsibility. The belief that judges must labor unobserved in the background to produce a single anonymous opinion contradicts the higher calling of the judicial system, which is to decide cases on the basis of personal conviction. In a world of Freedom of Information Acts, it is unacceptable for courts to refuse to disclose anything about their discussion process. For a court system to remain legitimate in a democracy, the public must be allowed to evaluate how individual judges apply the law. It is nothing but charade when, though the judges were deeply divided, the court declares that is reached a unanimous conclusion. It is not the appearance of clear rules and unanimous decisions that generates public confidence but rather a sense that judges understand the difficulty of the issues and confront them with both professional and personal engagement.

It would be better, Ernst suggests, to return to a system that recognizes the inherently controversial nature of law. Continental legal systems do not currently permit this. To remedy these problems, Ernst argues, civilian courts should adopt from the common law the principle of individual responsibility. In common law courts, each judge decides

⁽⁸⁾ Henry JACOBY, *The Bureaucratization of the World* (Trans. E. Kanes), Berkeley, University of California Press, 1973.

according to law and conscience. Concurring and dissenting opinions inform the public about disagreements on the bench. Ernst has also taken into account the apparent disadvantages of common law courts, namely the difficulty of reconciling divergent opinions. He suggests that the opportunity to interpret a judicial holding in different ways provides useful flexibility. It also furthers public discussion of the issues. Moreover, since judges benefit from extensive civil immunity, removing their anonymity may increase the possibilities for democratic control.

As a work of history, *Rechtserkenntnis* provides an extensive contextualization of the questions that arise when multi-judge courts decide cases. As a work of law reform, the book is filled with drama. Most striking is Ernst's proposal to find in the common law a remedy for the ills he describes in collegial courts. Proposals to borrow from abroad occasionally raise eyebrows because they seem to ignore historical context. In this case, however, the context is examined in exemplary fashion and seems itself to suggest the need for reform. A proposal for law revision gains additional credibility when it emerges from work in the archives. And yet once historiography has done its work, it recedes into the background as the reform proposal is evaluated on the merits. As Holmes once remarked to Pollock, « I always think of the Frenchman's answer when he was asked if a gentleman must know Greek & Latin: 'No, but he must have forgotten them' »⁽⁹⁾.

RICHARD HYLAND

GIOVANNI FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, Bari-Roma, Laterza, 2017, pp. 196.

Tra passione e disincanto: entro queste coordinate parafrasando la formula prescelta per la titolazione di ciascun capitolo (cfr. p. xi), potrebbe condensarsi la cifra profonda del denso volume di Giovanni Fiandaca.

Non è infrequente che la *Prima lezione* d'un riconosciuto maestro esorbiti dal modesto obiettivo propedeutico e trasformi l'alta divulgazione — genere poco praticato dalla letteratura giuridica — in occasione non tanto per mettere a punto aspetti di dettaglio della produzione pregressa, quanto per guardare *ab externo* la propria disciplina.

⁽⁹⁾ Letter from Oliver Wendell Holmes to Frederick Pollock (April 15, 1892), in *The Correspondence of Mr. Justice Holmes and Sir Frederick Pollock 1874-1932* (Ed. Mark DeWolfe Howe), vol. 1, p. 42, Cambridge, Belknap Press, 1961².

L'effetto spiazzante è qui accentuato dall'inquietudine d'un intellettuale che non si sarebbe prestato all'*abrégé* meramente riepilogativo d'una riflessione pluridecennale complessa, talora tormentata, insofferente ai lacci del dogmatismo ⁽¹⁾ Del resto lo studioso palermitano aderisce al geniale aforisma nietzschiano per cui « definibile è soltanto ciò che non ha storia » (p. 4): e difatti il suo libro, senza menar vanti metodologici né, peggio, relegare i 'precedenti' entro erudite quanto mortificanti cornici introduttive, è *anche* una preziosa ricostruzione diacronica di teorie, mentalità, stagioni che hanno costellato la storia del penale post-illuministico.

L'Autore ha pubblicamente dichiarato d'aver voluto intonare un *contro canto* all'opera che lo ha reso familiare a generazioni di studenti, il manuale di *Diritto penale* cofirmato con Enzo Musco e giunto (dopo l'esordio del 1985) alla settima edizione. Controcanto perché ambisce a verificare la tenuta dei cardini della scienza penale nell'impatto con una realtà che spesso li disattende, talora — come nello scenario italiano — in misura patologica (p. x). Contraddetta dai fatti è oggi persino la stessa identità unitaria del diritto penale: Fiandaca è da tempo convinto che sarebbe più appropriato parlare di *diritti penali* ⁽²⁾, sotto-sistemi che spaziano dal vecchio retribuzionismo etico alle regolamentazioni settoriali (pubblica amministrazione, economia, mercati finanziari), dagli apparati di contrasto alla criminalità organizzata alle misure più o meno *soft* di prevenzione personale e patrimoniale (pp. 185-186).

Per addentrarsi in questo universo frammentato l'Autore decide di prendere le mosse dal tema del *ius puniendi*. Una scelta 'antica', visto che il *fondamento del diritto di punire* campeggiava in *ouverture* di numerosi 'classici' della criminalistica da Beccaria in avanti ⁽³⁾; ma che suona oggi desueta giacché la punizione rimane, paradossalmente, un

⁽¹⁾ G. FIANDACA, *Rocco: è plausibile una de-specializzazione della scienza penalistica?*, in « Criminalia. Annuario di scienze penalistiche », 2010, p. 179 evocava il fastidio provato sin dagli anni della formazione verso l'« arida ragioneria giuridica » e la « prigione opprimente » del tecnicismo penale à la Arturo Rocco.

⁽²⁾ Cfr. già G. FIANDACA, *Parte I. Diritto penale*, in ID., G. DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, Jovene, 2003, pp. 3-6.

⁽³⁾ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, a cura di G. Francioni con *Le edizioni italiane del « Dei delitti e delle pene »* di L. Firpo, in *Edizione nazionale delle opere di Cesare Beccaria* diretta da L. Firpo, I, Milano, Mediobanca, 1984, pp. 25-28 (§ I *Origine delle pene*); ivi, pp. 29-32 (§ II *Diritto di punire*); ivi, pp. 33-35 (§ III *Conseguenze*). Forse anche per emulazione del *Dei delitti* altre opere collocarono in *incipit* la trattazione filosofico-pratica della pena: cfr. G. FILANGIERI, *La Scienza della legislazione*. Edizione critica. *Volume Quarto*, a cura di G. Tocchini e A. Trampus, Venezia, Centro di Studi sull'Illuminismo europeo « G. Stiffoni », 2004, lb. III, parte II - *Delle leggi criminali. De' delitti e delle pene*, capo XXVI *Della necessità delle pene e del diritto di punire*, pp. 11-14;

nodo controverso e inafferrabile (p. 3). « La pena — si ribadisce nelle battute conclusive — non è lo scontato punto di partenza né di arrivo, ma costituisce essa stessa la vera questione » e richiederebbe una coraggiosa rivisitazione critica (pp. 191-192).

A questa revisione la *Prima lezione* contribuisce passando in rapida ma incisiva rassegna le principali teorie sulla legittimazione della sanzione penale e le relative ipoteche ideologiche (pp. 9, 38). Ne emergono non poche ombre: il paradigma retributivo nasconde potenzialità autoritarie e solletica istinti « oscuri della psicologia individuale e collettiva » (pp. 13-14); la funzione general-preventiva si rivela debole nella versione classica o *negativa* (p. 19), pretenziosa e tecnocratica nella declinazione *positiva* di collante sociale simbolico (pp. 20-24); « l'ideale rieducativo », veicolato dalla « retorica » dell'art. 27³ Cost. e da tangibili interessi di categoria, collide con l'imbarazzante degrado penitenziario, quando non configuri addirittura una coartazione della libertà di coscienza del condannato (pp. 27-28); la sanzione *riparatoria*, « riscoperta » d'una pratica già in uso nell'antichità e nel medioevo germanico (pp. 37-38) e oggi rilanciata nelle forme della *mediazione* (pp. 41-44), offre una suggestiva alternativa alle consuete modalità di afflizione, ma scopre il fianco ad ambiguità attuative e ad obiezioni di indeterminatezza (pp. 35-37). Di fronte a tanta « eccedenza di significati e scopi » riconducibili alla sanzione penale, Fiandaca ne auspica una concezione polifunzionale e « pluralistica » (pp. 32 e 38-39).

Altrettanto schematica e nient'affatto asettica è l'esposizione delle teorie generali del *reato* susseguitesi dal secolo XVIII: da quella illuministica della violazione obiettiva del diritto altrui (pp. 51-53) alla dottrina germanica ottocentesca della lesione d'un *bene*, poi qualificato *giuridico* (Birnbaum, Binding, pp. 53-57), sino all'idea, di matrice liberale anglo-sassone, del *danno sociale* (Stuart Mill, pp. 57-59; e, per il 'correttivo' dell'*Offense Principle* apportato da Feinberg, pp. 71-76). Sulla variante arrecata da Franco Bricola, ossia la fortunata teoria del

ivi, capo XXVII *Oggetto delle pene*, pp. 15-17; ivi, capo XXVIII *Specie diverse di pene*, pp. 17-18 etc.; G.D. ROMAGNOSI, *Genesi del diritto penale* [I ed. 1791]. *Terza edizione aumentata di due altre parti. Volume primo*, Milano, Dalla tipografia di Felice Rusconi, 1823, *Introduzione*, p. 7 (ove si definiva « un diritto de' Popoli » che la legislazione non oltrepassasse « gl'immutabili confini della giusta *moderazione* nel decretare le pene »); cfr. anche ivi, *Capo unico - Quale direzione debbano prendere le nostre ricerche per scoprire l'esistenza, ed origine del diritto di punire*, pp. 10-16; P. ROSSI, *Trattato di diritto penale [...]. Nuova Traduzione Italiana con note ed addizioni dell'avvocato Enrico Pessina*, Napoli, Presso Gabriele Rondinella Editore, 1853, lb. I *Dei fondamenti del sistema penale*, capo I *Del diritto di punire - posizione della questione*, pp. 41-42. Notevole fu l'influenza esercitata sulla penalistica italiana dal carteggio fra T. MAMIANI DELLA ROVERE e P.S. MANCINI, *Intorno alla filosofia del dritto e singolarmente intorno alle origini del diritto di punire. Lettere*, Napoli, A. Agrelli, 1841.

bene *costituzionalmente orientato*, Fiandaca esprime un giudizio piuttosto severo, eccependole un *surplus* di normativismo e di fiducia nella spendibilità ermeneutica degli articoli della Carta (pp. 61-66) ⁽⁴⁾: limiti divenuti ancor più evidenti da quando i principi del 1948 non appaiono più in grado di ispirare le scelte del « legislatore democratico » se non come generici criteri di *ragionevole* proporzionalità (pp. 67-69).

Le teoriche generali sul reato, ad avviso di Fiandaca, non tengono nel dovuto conto l'imprescindibile interferenza della morale nella selezione dei comportamenti *dannosi* o dei *beni* meritevoli di tutela (p. 80). È questo un punto sul quale la *Prima lezione* insiste a più riprese, non solo per sfatare l'utopia illuministica della drastica scissione tra diritto penale ed etica, ma anche per rammaricarsi, con peculiare riguardo al panorama italiano, della crescente confusione processuale e mediatica tra colpevolezza *giuridica* e colpevolezza *morale*, sotto la spinta dell'« azione moralizzatrice » d'una magistratura che brandisce il codice penale come « etica pubblica sostitutiva » (pp. 81-82, 110-112).

Al vaglio demitizzante, ma non eversivo, non sfugge nemmeno il principio di legalità. Nei « Quaderni fiorentini » del 2007, numero monografico in ricordo di Mario Sbriccoli, Fiandaca aveva notato come, salvo sporadiche eccezioni, la penalistica contemporanea si fosse concentrata sull'originario profilo formale della legalità, lasciandone in disparte i contenuti più squisitamente politici ⁽⁵⁾. Quattro anni dopo, egli aveva elevato Vincenzo Manzini e Marcello Gallo (l'uno fervente esponente dello statualismo tecnico-giuridico, l'altro pienamente inte-

⁽⁴⁾ Cfr. già G. FIANDACA, *La legalità penale negli equilibri del sistema politico-costituzionale*, in « Foro Italiano », 2000, V, col. 137 e ss., ora in ID., *Il diritto penale tra legge e giudice. Raccolta di scritti*, Padova, Cedam, 2002, pp. 12-13. La teoria del bene costituzionalmente orientato è sviluppata specialmente da F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XIX, Torino, Utet, 1973, pp. 7-93 (ivi, p. 16 il riferimento alla costituzionalità *implicita*); la lunga voce è disponibile anche in ID., *Scritti di diritto penale*. Presentazione di G. Ghezzi. Introduzione di C. Pedrazzi. A cura di S. Canestrari e A. Melchionda. *Volume I. Dottrine generali. Teoria del reato e sistema sanzionatorio. Tomo I. Dal 1960 al 1973*, Milano, Giuffrè, 1997, pp. 539-809. Per un inquadramento del contributo di Bricola alla penalistica del Novecento v. G. MARINUCCI, *Ricordo di Franco Bricola*, in « Rivista italiana di diritto e procedura penale », XXXVIII (1995), 4, pp. 1026-1027 (sulla voce del 1973) e 1029 (illuminismo); M. SBRICCOLI, *Caratteri originari 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. 545-546, ora in M. SBRICCOLI, *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, Milano, Giuffrè, 2009, I, pp. 663-664.

⁽⁵⁾ G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, in « Quaderni fiorentini », 36 (2007), *Principio di legalità e diritto penale (per Mario Sbriccoli)*, II, pp. 1247-77 e spec. p. 1249.

grato nell'« orizzonte assiologico della Costituzione repubblicana ») a figure simbolo della duplice valenza — rispettivamente: liberal-garantista prima, democratico-partecipativa poi — assunta dalla riserva di legge nella traiettoria della penalistica italiana del XX secolo (6). La *Prima lezione* ripropone la polarità incarnandola nei medesimi protagonisti (pp. 120-121). Tuttavia il testo non si nasconde che la seconda, più aggiornata accezione della legalità, quale canone di condivisione il più possibile ampia nell'individuazione delle fattispecie incriminatrici, appare oggi minacciata da un concorso di cause sistemiche: la logica oppositiva dell'alternanza, il populismo e la « mediatizzazione dell'agire politico », la marginalizzazione del Parlamento (p. 122); la conseguente produzione di norme simili a « semi-lavorati » (p. 123); i vincoli interpretativi dettati al giudice ordinario dalla giurisprudenza costituzionale (p. 124); le infiltrazioni del diritto comunitario (p. 125).

Per una curiosa consonanza, il lemma *semilavorato* compare anche ne *L'equità nel diritto penale*, celebre saggio di Francesco Carnelutti del 1935. E vi figura in un contesto argomentativo non distante da quello nel quale lo cala Fiandaca: una riflessione sulla conformità al principio di legalità di quelle norme penali che rimettono al giudice la quantificazione della pena. Il giurista friulano si concedeva, *more solito*, una provocazione: il *nulla poena* riceveva proprio nel penale « la più solenne smentita »; non era « mai stato vero » che il penale fosse un diritto interamente « legale »; neppure in un'epoca di *frenetica* inflazione normativa il legislatore avrebbe potuto fare a meno di delegare al magistrato la determinazione del *quantum* della sanzione; la norma penale, perciò, non era che un *semilavorato*, e il divieto d'interpretarla analogicamente posto dall'art. 4 disp. prel. c.c. del 1865 si dissolveva in mera *superstizione* (7).

Sarebbe anacronistico e fuorviante dedurre da una coincidenza semantica improbabili sintonie tra Carnelutti e Fiandaca: tanto più in quanto il primo apprezzava i *semilavorati* perché smascheravano l'incompiutezza della legge, mentre il secondo li evoca per denunciare la deresponsabilizzazione del legislativo a favore della magistratura. È tuttavia indubbio che, da qualche lustro, il penalista siciliano abbia impresso al principio di legalità una rimodulazione mirante a inglobarvi anche l'attività della giurisprudenza. « La legalità legislativa », egli ammoniva su « Foro Italiano » del 2000, « è una legalità astratta che si invera nella legalità giudiziale »: si tratta, semmai, di fissare limiti alla seconda, a cominciare dalla precisazione del « discrimine » tra inter-

(6) G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in « Criminalia. Annuario di scienze penalistiche », 2011, pp. 81-82.

(7) F. CARNELUTTI, *L'equità nel diritto penale*, in « Rivista di diritto processuale civile », XII (1935), pt. I, p. 115.

pretazione estensiva e analogia (8). Il volume qui recensito conferma appieno questo processo espansivo della legalità penale (p. 115) e anzi, alla luce delle successive vicende (prima tra tutte la cd. sentenza Contrada: CEDU, *Contrada c. Italia*, 14 aprile 2015, n. 66655/13), ne prospetta un ulteriore salto di qualità, nel senso che la tratteggia come principio non più esaurentesi nella riserva di legge (art. 25² Cost.), bensì comprendente anche la prevedibilità, per il cittadino, dei « concreti orientamenti giurisprudenziali » (pp. 145-146).

Un simile approdo non è disgiungibile dalla constatazione, cui Fiandaca è da tempo pervenuto, circa la creatività dell'interpretazione giudiziale *penale*, a dispetto degli ingenui ostracismi vetero-illuministici (9). Anche la *Prima lezione*, rifuggendo dai toni apocalittici di chi paventa il ritorno al caos casistico della criminalistica pre-moderna (p. 126), utilizza senza remore, in garbato dissenso da Luigi Ferrajoli, il sintagma *giurisprudenza creativa*, del quale illustra i presupposti (costituzionali, comunitari, ermeneutici: pp. 129-131) e i vantaggi (una realistica ripartizione di compiti tra legislatore e interprete: p. 128). Quasi a scuotere il torpore dei 'teorici', l'Autore, riecheggiando quanto nel 2001 aveva specificamente riferito alla *legalità* (come s'è visto *supra*, nt. 8), avverte che dal punto di vista dei giudici « l'autentico diritto penale è quello che si invera, ancor più che nelle ricostruzioni dottrinali [...], nelle decisioni [...] e nei repertori giurisprudenziali » e che ormai anche in Italia il *diritto penale giurisprudenziale* « assurge [...], almeno *de facto*, a fonte del diritto » (pp. 132-133). Nella direzione d'« un più esplicito governo giudiziale della punibilità » si è mossa, a suo parere (p. 97), la recente disciplina della particolare tenuità dell'offesa (art. 131-*bis* c.p., introdotto dal d.lgs. 16 marzo 2015, n. 28). Sicché

(8) FIANDACA, *La legalità penale negli equilibri* (2000), cit. in nt. 4, pp. 6-9. Sulla necessità che la giurisprudenza elaborasse una « cultura del limite » ritornava ID., *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in « Rivista italiana di diritto e procedura penale », XLIV (2001), 2, pp. 375-376, ora in ID., *Il diritto penale tra legge e giudice*, cit. in nt. 4, p. 63.

(9) Cfr. FIANDACA, *Ermeneutica* (2001), cit. in nt. 8, spec. pp. 34-35 (ove l'A. recepiva l'impostazione dell'ermeneutica in materia di interpretazione giuridica) e 61-62 (precomprensione); ID., *La riforma codicistica tra mito accademico e realtà politico-culturale*, in *Gli ottant'anni del codice Rocco*, a cura di L. Stortoni e G. Insolera, Bologna, Bononia University Press, 2012, pp. 214-215 (ove ai risultati dell'ermeneutica venivano affiancati alcuni sviluppi della filosofia analitica e, in particolare, le ammissioni di Uberto Scarpelli circa l'ingenuità illuministica). Si v. anche G. FIANDACA, *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2008, pp. 15 (creatività dell'interprete « anche in campo penale ») e 9-10 (persistenza di « ideologica [mitologica?] assolutizzazione della riserva di legge » penale, chiusura alle « eresie » ermeneutiche); ID., *Crisi* (2011), cit. in nt. 6, pp. 93-94.

non stupisce che, come in precedenti occasioni ⁽¹⁰⁾, egli reputi non implausibile l'ipotesi d'introdurre nell'ordinamento italiano un « tendenziale » vincolo del precedente, sebbene non dissimuli perplessità di ordine essenzialmente culturale (pp. 149-150).

L'apertura di credito al formante giurisprudenziale non implica, però, alcun avallo alle velleità moralizzatrici della magistratura che, anzi, la *Prima lezione* sferza con sarcasmo (pp. 134-135). Ai giudici il volume rimprovera la propensione a dilatare per via ermeneutica, a fini moralistico-repressivi, il diametro della punibilità (p. 140). Ma ce n'è anche per i cattedratici, il cui opposto contegno prevalentemente garantista viene maliziosamente fatto discendere non tanto da convinzioni scientifiche quanto da contiguità professionali con l'avvocatura (p. 133) ⁽¹¹⁾.

Qualche anno fa, Fiandaca confessava che tra i motivi del perdurante disagio provato alla rilettura della celebre prelezione sassarese di Arturo Rocco vi era anche la conclamata sterilizzazione del penale dalle scienze empiriche ⁽¹²⁾. Il fastidio è ben comprensibile per uno studioso che della contaminazione epistemologica è stato un pioniere ⁽¹³⁾. Di questa sensibilità 'scientista' la *Prima lezione*, nel capitolo *Tra diritto penale e scienze*, offre un breve saggio con riferimento a tre pilastri dell'*Allgemeiner Teil* penalistica: il principio di causalità, il dolo eventuale, l'imputabilità. L'esito del sondaggio non è confortante: il progresso delle scienze dure pare inesorabilmente sancire l'approssimazione di concetti quali *causa adeguata*, *accettazione del rischio*, *coscienza e volontà*, per i quali si registra un disallineamento tra la nozione 'scientifica' e quella normativo-giudiziaria (cfr. pp. 167, 172, 177-178, 180).

⁽¹⁰⁾ Già FIANDACA, *Ermeneutica* (2001), cit. in nt. 8, p. 64 esortava a studiare l'applicabilità al penale del criterio del precedente vincolante. Qualche anno dopo, lo stesso A., *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in «Cassazione Penale», XLV (2005), fsc. 5, pp. 1736-1737, esaminata con interesse la proposta di Alberto Cadoppi di adottare un elaborato meccanismo di *case law*, si esprimeva a favore d'una « tendenziale vincolatività » dei soli precedenti provenienti dalle Sezioni Unite.

⁽¹¹⁾ Cfr. già FIANDACA, *La legalità penale negli equilibri* (2000), cit. in nt. 4, p. 7 (la giurisprudenza prevalente privilegia « una legalità penale di tipo estensivo-additivo, sulla base di interpretazioni teleologiche volte a cavare dalle norme incriminatrici il massimo della punibilità », mentre la dottrina esprime posizioni garantistiche classiche [v. anche ivi, p. 38]); ivi, p. 8 (« contiguità ideologica » tra dottrina maggioritaria « di matrice accademica » e potere politico; sospetti di « partigianeria » professionale sulla prima).

⁽¹²⁾ FIANDACA, *Rocco* (2010), cit. in nt. 1, pp. 179-206, spec. pp. 179-180 (disagio), 182-183 (penale e scienze empiriche nella prelezione Rocco).

⁽¹³⁾ Cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, Zanichelli, 1985, pp. 106-109.

A fronte del « pericolo che il diritto ignori o rinneghi le scienze » (p. 158), Fiandaca paventa quello, speculare, che « le scienze espropriino il diritto » (p. 183). Per arginare il conservatorismo dei penalisti *separatisti* e l'estremismo dei *rifondatori* egli incoraggia un'*integrazione moderata* tra il sapere giuridico e le scienze naturali, specie con riguardo ad ambiti come l'« elemento soggettivo del reato » e i meccanismi probatori (pp. 181-182).

Il lettore attento della *Prima lezione* s'imbatte quasi ad ogni pagina nei molteplici fattori che dequalificano l'ordinamento penale vigente: la sciattezza della « tecnica legislativa » (p. 89); l'ipertrofia normativa, acuitizzata dal ricatto della perenne emergenza e dalla costruzione *politica* della fattispecie incriminatrice (pp. 49-50, 190) ⁽¹⁴⁾; da ultimo il *panpunitivismo*, « illusione » illiberale prodotta dalla ricerca del facile consenso e dall'economicità d'una risposta « ansiolitic[a] » alle tensioni sociali (pp. 187 e 189).

Quanto alle possibili terapie, Fiandaca non si lascia incantare dal miraggio di improbabili palingenesi. Qualche anno fa egli si dipingeva, nei confronti della forma-codice, come un « miscredente » animato da « crescente disincanto »: e, d'accordo con Scarpelli, collegava la decodificazione non tanto ad accidenti congiunturali quanto ad un più profondo smarrimento antropologico della contemporaneità ⁽¹⁵⁾. In successivi saggi, seppur dalla diversa angolazione del conflitto tra politica e magistratura, lo studioso non risparmiava frecciate all'indirizzo non solo d'un *establishment* palesemente inadeguato, ma anche della società civile ⁽¹⁶⁾. Sulla stessa lunghezza d'onda, la *Prima lezione* non indulge alla demagogia e stigmatizza l'emotività dell'opinione pubblica (p. 186), oltre che l'accondiscendenza di certa politica verso le pulsioni repressive (p. 190).

⁽¹⁴⁾ Sulla simbolica valenza identitaria del penale v. G. FIANDACA, *Populismo penale e populismo giudiziario*, in « Criminalia. Annuario di scienze penalistiche », 2013, p. 103.

⁽¹⁵⁾ FIANDACA, *La riforma codicistica* (2012), cit. in nt. 9, p. 209 (miscredente, disincanto); ivi, p. 217 (citazione da U. SCARPELLI, *Dalla legge al codice, dal codice ai principi*, in « Rivista di Filosofia », 78 [1987], 1, pp. 3-15, poi in *Il positivismo giuridico contemporaneo. Una antologia*, a cura di A. Schiavelli e V. Velluzzi, Torino, Giappichelli, 2005, pp. 99-100). Il brano di Scarpelli era stato già valorizzato da FIANDACA, *Legalità penale e democrazia* (2007), cit. in nt. 5, p. 1272 per dimostrare (ivi, p. 1271) la perdita di centralità del « modello codice [...] nella odierna geografia penalistica ».

⁽¹⁶⁾ Cfr. già FIANDACA, *La riforma codicistica* (2012), cit. in nt. 9, p. 247 per la critica congiunta alla grave impreparazione della politica e al semplicismo delle istanze repressive provenienti dalla società civile. Si v. anche FIANDACA, *Populismo penale* (2013), cit. in nt. 14, p. 115 (rinuncia alla « progettazione di riforme di grande respiro ») e 120 (« ignoranza giuridica di fondo » dei cittadini).

Al cospetto di interlocutori istituzionali così malconci, la dottrina, ad avviso di Fiandaca, avrebbe forse i titoli — d'altronde storicamente sperimentati — per sobbarcarsi una « rifondazione » del diritto penale o quanto meno per recuperarne la missione illuministica di *extrema ratio*. Perché una simile impresa si avvii egli pone, tuttavia, alcuni *caveat*: la preliminare demarcazione di ruoli tra la funzione tecnica della scienza e le valutazioni di pertinenza politica (pp. 190-191); la disponibilità degli studiosi ad un approccio non più idealistico-normativistico (« autoreferenziale ») bensì attento ai meccanismi empirici della rappresentanza politica (*rectius*, elettorale) e ai circuiti della comunicazione (pp. 192-193).

Non che l'Autore nutra verso l'accademia eccessive aspettative: non è tenero, ad esempio, verso una produzione scientifica troppo spesso destinata a effimere finalità concorsuali e perciò inservibile (p. 105, nt. 8). Egli però confida in un risveglio della vocazione intellettuale del docente. « Come professori — scandisce il congedo — dovremmo [...] riuscire a far sentire la nostra voce fuori dai recinti accademici », al fine di « interloquire con autorevolezza e credibilità nel dibattito pubblico » e « orientare [...] le scelte politiche »: un simile impegno, « forse più ottimistico che realistico », costituisce « un dovere — prima che scientifico — etico-politico » (p. 193).

La *Prima lezione*, in effetti, onora il proposito. L'intera carriera di Giovanni Fiandaca rinverdisce lo spirito della *penalistica civile* ⁽¹⁷⁾ e attinge dall'orgoglio delle idee un antidoto alle disillusioni.

MARCO NICOLA MILETTI

OLIVIER JOUANJAN, *Justifier l'injustifiable. L'ordre du discours juridique nazi*, Paris, PUF, 2017, pp. 328.

1. « Che cos'è il diritto? Ciò che sta scritto nei codici o ciò che viene effettivamente imposto e osservato nella società? Oppure il diritto è ciò che, si trovi o no nei codici, dovrebbe essere imposto e osservato, se si operasse in modo corretto? » ⁽¹⁾. Questi interrogativi che, non sfuggirebbero su un manuale di filosofia del diritto, sono in realtà tratti da un'opera letteraria *Der Vorleser* (1995), divenuta ben presto un film:

⁽¹⁷⁾ 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. in nt. 4, I, pp. 493-590.

⁽¹⁾ B. SCHLINK, *A voce alta. The Reader*, Milano, Garzanti, 2009, p. 75.

The Reader. Le parole sono pronunciate da un anziano professore nella Germania ancora dilaniata dalle bombe e dai sensi di colpa degli anni Cinquanta, di fronte a una folta schiera di studenti annoiati e disorientati dai dubbi instillati dal docente. I giovanissimi discenti sono stati, infatti, educati a condannare senza alcuna remora gli aguzzini del Terzo Reich ma non a far luce sulle terribili ombre del passato. Questo romanzo, scritto con la sapienza giuridica di cui può essere dotato solo un giurista testimone di un'epoca cruciale, si colloca ben oltre l'usuale letteratura della *memoria* che pone al proprio centro quanto subito dalle vittime dello sterminio, i loro sentimenti e l'inaccettabile orrore che ne faceva da sfondo. Qui la protagonista, Hannah, è, al contrario, una delle presunte carnefici e il senso di vergogna e di espiazione provato dalla stessa, fino al tragico quanto un po' prevedibile epilogo, s'intrecciano con quella della colpa della Germania e della rielaborazione del passato. Sul piano giuridico ciò si traduce proprio nel dilemma sollevato dal professore di diritto — magistralmente interpretato nella trasposizione cinematografica da Bruno Ganz — a cui ne segue logicamente un altro, vale a dire si può definire quello nazista un vero e proprio diritto o, ancora, un *non-diritto*?

Con un po' di immaginazione si può magari intravedere nei panni di questo docente la figura di Gustav Radbruch, il giurista che forse per primo pose la questione della validità della legge ingiusta e della collegata *natura* del diritto nazista. In un breve ma denso saggio *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht* (1946) Radbruch a partire da alcuni casi giudiziari che tennero banco nei Tribunali tedeschi subito dopo la seconda guerra mondiale suscitando una forte eco anche nell'opinione pubblica dell'epoca ponendo la cruciale questione: « il conflitto tra la giustizia [*Gerechtigkeit*] e la certezza del diritto [*Rechtssicherheit*] potrebbe dunque essere risolto in un senso tale per cui il diritto positivo, assicurato dalla promulgazione e dalla sanzione, abbia la precedenza, anche quando è, nel suo contenuto ingiusto [*inhaltlich ungerecht*] e inadatto allo scopo [*unzweckmäßig*], a meno che il contrasto fra la legge positiva e la giustizia giunga a un grado tale di intollerabilità che la legge, in quanto 'diritto ingiusto' [*unrichtiges Recht*], debba arretrare di fronte alla giustizia » (2). La formula di Radbruch, pur con tutti i suoi *distinguo* (3), dopo aver suscitato un fecondo e aspro dibattito all'interno della scienza giuridica tedesca, è

(2) G. RADBRUCH, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, in «Süd-deutsche Juristenzeitung», 5 (1946), pp. 105-108, trad. it. *Ingiustizia legale e diritto sovraleale*, in *Filosofia del diritto*, a cura di A.G. Conte, P. De Lucia, L. Ferrajoli, M. Jori, Milano, Raffaello Cortina, 2002, pp. 157-158.

(3) Cfr. G. VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei 'delitti di Stato' nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista*, Milano, Giuffrè, 2001.

stata alla fine degli anni Cinquanta del Novecento nel contesto anglosassone al centro della nota *polemica* tra Herbert Hart (4) e Lon Fuller (5) che s'incentrava soprattutto sulla *vexata quaestio* tra diritto (il diritto com'è) e morale (il diritto come dovrebbe essere), da sempre croce e delizia dei filosofi del diritto. Ancora oggi, tale formula, nonostante siano decorsi oltre settant'anni dalla sua formulazione e non abbia mai smesso di suscitare appassionati scontri, continua a sollevare una serie infinita di interrogativi (6) che emergono anche nel recente volume di Olivier Jouanjan *Justifier l'injustifiable* che intende non solo confutare l'accusa ricorrente secondo la quale il positivismo giuridico aveva reso la scienza giuridica impotente di fronte al *Behemoth* nazista (7) e, di conseguenza, ne aveva favorito l'ascesa, ma anzi sovvertirla nel senso che il bersaglio polemico della cultura giuridica nazista era, al contrario, proprio il positivismo giuridico e la sua figura per antonomasia: l'Ebreo errante (*Der ewige Jude*).

Un esempio emblematico del rifiuto quasi ai limiti del parossismo del positivismo giuridico è rintracciabile in una vicenda che non si può liquidare in maniera folkloristica ritenendola quasi una sorta di evento goliardico come quella riguardante il periodo di apprendistato dei futuri avvocati e magistrati del regime. In quest'occasione si assisteva all'impiccagione simbolica del tanto odiato simbolo del paragrafo (§) sotto gli sguardi estasiati dei futuri giuristi del Reich. Opportunamente creata una sagoma di cartone con il vituperato simbolo veniva lasciato penzolare in maniera analoga all'impiccagione altrettanto simbolica dei suicidi oppure dei processi agli animali nel Medioevo. L'*intentio* di tale messa in scena era abbastanza chiaro: il paragrafo era l'emblema non

(4) H. HART, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, in « Harvard Law Review », 71 (1958), pp. 593-629, trad. it. *Il positivismo e la separazione tra diritto e morale*, in *Contributi all'analisi del diritto*, a cura di V. Frosini, Milano, Giuffrè, 1964, pp. 107-166.

(5) Cfr. L. FULLER, *Positivism and the Fidelity to Law. A Reply To Professor Hart*, in « Harvard Law Review », 71 (1958), pp. 630-672, trad. it. *Il positivismo e la fedeltà al diritto. Una replica ad Hart*, in *Il positivismo giuridico contemporaneo*, a cura di A. Schiavello, V. Velluzzi, Torino, Giappichelli, 2005, pp. 136-170.

(6) Cfr. B. SCHÜNEMANN, *Per una critica della cosiddetta Formula di Radbruch. Note su un concetto di diritto culturalmente e comunicativamente orientato*, in « i-lex », 13-14 (2011), pp. 109-120, disponibile on line <http://www.i-lex.it>.

(7) Cfr. F. NEUMANN, *Behemoth. The Structure and Practice of National Socialism (1933-1944)*, London, Victor Gollancz, 1942, trad. it. *Behemoth. Struttura e pratica del nazionalsocialismo*, Milano, Mondadori, 1977.

solo dello studio solitario del diritto ma soprattutto del diritto scritto e in quanto tale estraneo alla vita e alla realtà ⁽⁸⁾.

La lotta contro il positivismo giuridico allora non doveva rimanere confinata nelle pagine dei libri ma assumere una valenza esistenziale. In questo modo il giurista doveva necessariamente dismettere i vecchi panni dello studioso e indossare quelli meno usuali e più consoni al regime hitleriano del soldato, le cui affilate armi non erano altro che i concetti giuridici forgiatisi nella *temperie* rivoluzionaria da brandire contro il nemico: il diritto esigevo uno spirito guerriero.

2. Ben conscio della difficoltà di doversi districare tra gli eruditi lavori di storici *tout court* ⁽⁹⁾, di giuristi e storici del diritto ⁽¹⁰⁾ Jouanjan non intende delineare la storia del diritto nazista o del diritto durante il regime nazista ma vuole comprendere il discorso giuridico nazista, cioè le teorie naziste del diritto elaborate da numerosi giuristi *engagés*. Laddove comprendere significa non lasciare alcuno spiraglio alle tesi giustificazioniste che spesso fanno leva sull'indignazione morale o sulla repulsione politica incondizionata. Fatte queste doverose premesse Jouanjan sceglie di intraprendere un viaggio ai confini estremi del diritto per cogliere la reale essenza di quello che non esita a definire un diritto mostruoso. Pensare il diritto nazista allora significa confrontarsi non genericamente con i giuristi del Terzo Reich ma con i giuristi impegnati che hanno contribuito in maniera decisiva alla costruzione dell'ideologia giuridica adeguata al regime. In questo senso l'ordine del discorso nazista non è altro che il seguente: *giustificare l'ingiustificabile*.

⁽⁸⁾ J. CHAPOUTOT, *La loi du sang. Penser et agir en nazi*, Paris, Gallimard, 2014, trad. it. *La legge del sangue. Pensare e agire da nazisti*, Torino, Einaudi, 2016, pp. 116-117.

⁽⁹⁾ Jouanjan dichiara esplicitamente di muoversi nell'ambito di un filone di ricerca storiografico riaperto nel *milieu* francese dapprima da C. INGRAO, *Croire et détruire. Les intellectuels dans la machine de guerre*, Paris, Fayard, 2010, trad. it. *Credere, distruggere. Gli intellettuali delle SS*, Torino, Einaudi, 2012 e successivamente sviluppato nella trilogia di J. CHAPOUTOT: 1) *La Loi du sang*, cit.; 2) *Le nazisme et l'Antiquité*, Paris, PUF, 2012, trad. it. *Il nazismo e l'Antichità*, Torino, Einaudi, 2017; 3) *La révolution culturelle nazie*, Paris, Gallimard, 2017 che ha esplorato a fondo l'universo giuridico, morale e culturale del nazismo.

⁽¹⁰⁾ Se si eccettuano i lavori risalenti di C. LAVAGNA, *La dottrina nazionalsocialista del diritto e dello Stato*, Milano, Giuffrè, 1938 e F. PIERANDREI, *I diritti subbiettivi pubblici nell'evoluzione della dottrina germanica*, Torino, Giappichelli, 1940, basti qui rinviare per un'analisi storico-comparativa almeno ai più recenti volumi di A. SOMMA, *I giuristi e l'Asse culturale Roma-Berlino. Economia e politica nel diritto fascista e nazionalsocialista*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 2005 e E. DE CRISTOFARO, *Codice della persecuzione. I giuristi e il razzismo nei regimi nazista e fascista*, Torino, Giappichelli, 2008.

Un primo nodo problematico da sciogliere — secondo Jouanjan — è quello relativo alla continuità/discontinuità tra le dottrine giuridiche weimariane e quelle naziste, o meglio, se già prima del 1933 esistevano i prodromi del diritto 'nazista'. Jouanjan discute criticamente, tra le altre, le posizioni di due giuristi di formazione kelseniana: Oliver Lepsius ⁽¹¹⁾ e Horst Dreier ⁽¹²⁾. Se, come sostengono quest'ultimi, gli *antipositivisti* hanno lasciato la scienza e la pratica giuridica inerte di fronte all'incombere del diritto nazionalsocialista, allora ciò non fa altro che riportare in auge la discutibile posizione di Radbruch. Al tempo stesso, appare inopportuno sostenere l'esatto contrario che tutti gli *antipositivisti* fossero dei nazisti *ante litteram*. A smentire una siffatta ipotesi sovviene, per esempio, la riflessione del giurista socialdemocratico Hermann Heller che, pur essendo uno dei critici più radicali del formalismo kelseniano, era un convinto democratico e strenuo difensore della Costituzione weimariana ⁽¹³⁾. In ogni caso, prima del 1933 almeno nell'ambiente accademico non esisteva una dottrina fascista del diritto pubblico, poiché gli stessi *topoi* giuridico-politici (*Volk*, *Gemeinschaft*, *Volksgemeinschaft*, *Führer*) che circolavano liberamente nel dibattito weimariano non avevano alcuna valenza etnico-razziale (*völkisch*) e attraversavano in maniera trasversale gli schieramenti di destra e di sinistra.

Allora come in un giallo in cui gli indiziati sono soltanto due, una volta scagionato il primo, non rimane altro che dubitare dell'innocenza dell'altro. In altri termini, se il positivismo giuridico rimane esente da colpe, vuol dire che la responsabilità debba essere attribuita interamente al suo naturale avversario: l'*antipositivismo*. Qui il discorso diventa piuttosto complicato. Se era stato piuttosto semplice difendere il positivismo bisognava, al contrario, inerpinarsi per strade impervie adottando tutta una serie di ragionamenti logici, utili a scandagliare la reale eredità dell'*antipositivismo* nella dottrina giuridica nazista. In particolare, Jouanjan giunge a delle conclusioni provvisorie che possono essere così sintetizzate: *a*) la critica radicale al formalismo giuridico e la conseguente salvezza della forma non comporta — come volevano i giuristi nazisti — un diritto del tutto *deformalizzato* trattandosi perciò di una garanzia necessaria ma non sufficiente; *b*) gli sforzi degli antiformalisti al fine di riportare nella discussione giuridica la questione dei

⁽¹¹⁾ O. LEPSIUS, *Die gegensatzaufhebende Begriffsbildung. Methodenentwicklungen in der Weimarer Republik und ihr Verhältnis zur Ideologisierung der Rechtswissenschaft unter dem Nationalsozialismus*, München, C.H. Beck, 1994.

⁽¹²⁾ H. DREIER, *Die deutsche Staatsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus*, in « Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer », 60 (2001).

⁽¹³⁾ Cfr. R. CAVALLO, *La critica al formalismo giuridico nella riflessione di Hermann Heller*, in « Quaderni fiorentini », 39 (2010), pp. 405-435.

contenuti del diritto (dimensione concreta e/o sostanziale) sono vani laddove essi si traducano in un'aprioristica statuizione e come tale indiscutibile; c) se esiste, come spesso affermato, una linea di continuità tra il pensiero filosofico-giuridico neohegeliano e quello nazista allora come spiegare i violenti attacchi subiti dai giuristi appartenenti a queste correnti di pensiero da parte degli esponenti più radicali della cultura giuridica del regime. Vista la complessità del tema quindi non appare possibile abbracciare in maniera troppo semplicistica una posizione a scapito dell'altra, se non si vuole cadere in facili semplificazioni o più che evidenti contraddizioni (pp. 59-65).

3. A partire da questo complesso quadro l'Autore analizza le condizioni intellettuali e materiali della *conversione* dei giuristi tedeschi, attraverso lo studio dei discorsi tesi a legittimare e giustificare il diritto nazista. In tal senso, i giuristi *engagés* non si sono limitati a descrivere « il *fenotipo* del diritto nazista ma hanno cercato di comprendere e decodificare il *genotipo* mettendo così in discussione l'intera tradizione giuridica occidentale moderna » (p. 100).

Una delle parole d'ordine del regime nazista era la *Gleichschaltung*, cioè la *sincronizzazione* dell'insieme delle istituzioni, delle organizzazioni sociali e delle forze vive della nazione tedesca, tra cui le Università e, in particolare, le facoltà di Diritto. L'obiettivo non era *sic et simpliciter* il rinnovamento del diritto ma il rinnovamento *tedesco* del diritto (*Deutsche Rechtserneuerung*) che richiedeva — come previsto dall'art. 19 del programma della NSDAP — la sostituzione del diritto romano espressione di una concezione del mondo materialista con il diritto tedesco della comunità. Ciò significava la rigermanizzazione del diritto attraverso un profondo lavoro di scavo nelle viscere della storia tedesca che doveva riportare alla luce i numerosi tesori custoditi nell'antico scrigno giuridico germanico arruolando, secondo una ricostruzione non priva di evidenti forzature ermeneutiche e, per certi aspetti, eccessivamente schematica e unilaterale, le autorità filosofiche e giuridiche più eminenti (da Lutero a Hegel, passando per Savigny, Fichte, Schelling) di un'ipotetica *resistenza tedesca* ⁽¹⁴⁾.

La volontà di *rivoluzionare* il diritto doveva essere intesa nel duplice senso di rinnovarlo ritornando alle origini, ossia nel senso etimologico di rivoluzione (da *revolutio*, cioè volgere indietro, ritornare). Un ruolo insostituibile in questo duplice movimento di inversione (*Umkehr*) e rinnovamento (*Erneuerung*) era quello svolto dalla c.d. « generazione 1900 », cioè quei giovani giuristi che — nati agli albori del Novecento — avevano vissuto, sia pur indirettamente, il

⁽¹⁴⁾ Cfr. per tutti C. SCHMITT, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, Hamburg, Hanseatische Verlaganstalt, 1934, trad. it. *I tre tipi di scienza giuridica*, a cura di G. Stella, Torino, Giappichelli, 2002, p. 48 e ss.

trauma della Grande Guerra e dell'esperienza del fronte. La loro formazione non era avvenuta nelle *vecchie* Università dell'Impero ma in quelle *nuove* della Repubblica, dove essi avevano subito il fascino di personalità eterodosse e soprattutto di un *pensatore maledetto* come Carl Schmitt⁽¹⁵⁾. Grazie a queste fascinazioni essi riuscirono ad andare non solo oltre il diritto codificato ma attraverso gli interstizi creati nella struttura logica del diritto erano riusciti a far dialogare criticamente quest'ultimo con altre discipline considerate tra di loro irriducibili aprendo nuovi orizzonti filosofici, politici ed intellettuali ma muovendosi in direzione opposta al positivismo giuridico all'epoca dominante e che teorizzava l'autonomia (*rectius*: l'isolamento) della scienza giuridica dalle altre discipline.

Il *deus ex machina* di questa terribile operazione di *messa al passo* del mondo giuridico era stato il *Reichrechtsführer*, Hans Frank, figura onnipresente nell'*entourage* politico-intellettuale nazional-socialista e che ricopriva molteplici e cruciali ruoli nelle diverse organizzazioni che costellavano l'universo giuridico-legale tedesco: la Federazione dei giuristi nazional-socialisti Tedeschi (*Bund Nationalsozialistischer Deutscher Juristen*) e l'Accademia del diritto Tedesco (*Akademie für Deutsches Recht*). Tale pervasiva forma di controllo si estendeva persino all'editoria giuridica quasi totalmente monopolizzata dal Partito attraverso la creazione di una casa editrice filo-nazista (*Hanseatische Verlagsgesellschaft*) che ovviamente selezionava solo le pubblicazioni in linea con l'ideologia del regime. Oltre al ruolo preponderante di Frank spicca quello svolto da Ernst Rudolf Huber e Reinhard Höhn che, seppur formati entrambi nell'ambiente rivoluzionario conservatore di estrema destra e, dunque, non essendo affatto seguaci ma critici radicali dell'operato di Hitler e del suo Partito decisero di mettere le loro armi giuridiche al servizio del regime hitleriano. Non solo Huber e Höhn, ma anche la maggior parte dei giuristi che dopo il 1933 aderirono convintamente al nazismo, provenivano dal *milieu* di estrema destra gravitante attorno alla galassia denominata Rivoluzione Conservatrice⁽¹⁶⁾. La *parola magica* che riecheggiava negli scritti di questi autori era il richiamo al *Mito* diventato sempre più pressante dopo la rottura della Grande Guerra e che implicava necessariamente uno spartiacque con il

(15) Cfr. J.-W. MÜLLER, *A Dangerous Mind. Carl Schmitt in Post-War European Thought*, New Haven-London, Yale University Press, 2003.

(16) Su tale movimento oltre all'ormai classico saggio di A. MOHLER, *Die Konservative Revolution in Deutschland (1918-1933)*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1972, trad. it. *La rivoluzione conservatrice in Germania (1918-1932)*, Napoli, Akropolis/La Roccia di Erec, 1990, si veda almeno S. BREUER, *Anatomie der Konservativen Revolution*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1993, trad. it. *La rivoluzione conservatrice. Il pensiero di destra nella Germania di Weimar*, Roma, Donzelli, 1995.

moderno *logos*. La figura che appariva ai loro occhi l'incarnazione materiale del mito era Hitler essendo riuscito, da un lato, a demolire la già precaria struttura democratica weimariana sbarazzandosi rapidamente della Costituzione e dei Partiti e, dall'altro, a edificare su basi del tutto nuove e inedite l'edificio nazista.

4. Dopo la fase della *distruzione* si trattava di costruire il *nuovo mondo* giuridico nazista mediante l'adozione di un nuovo lessico che, tra l'altro, si diffuse rapidamente ⁽¹⁷⁾. Quest'opera di trasvalutazione di tutti i valori giuridici (*Umwälzung aller juristischen Werte*) investiva ogni branca del sistema (dal diritto civile al diritto pubblico passando per il diritto penale) e tendeva ad eliminare ogni residuo individualistico-liberale. Operazione sicuramente non semplice da realizzare se si pensa all'accesa *querelle* tra i fautori del radicalismo che imponevano un *nuovo* lessico giuridico e coloro che teorizzavano, al contrario, un approccio più moderato esigente una rilettura in senso concreto dei *vecchi* concetti. Per esempio, sul versante giuspubblicistico, la *sostanzializzazione* del concetto di *Repräsentation* suscitava quasi sempre le critiche da parte dei giuristi più radicali che, invece, imponevano di sostituire il concetto astratto e formale di rappresentanza (*Repräsentation*) con quello concreto e sostanziale di incarnazione (*Verkörperung*).

Nell'ambito del diritto privato, invece, il diritto soggettivo in quanto risultante da un concetto universale-astratto di persona doveva essere messo al bando, o essere determinato in funzione dell'appartenenza concreta dell'individuo (non più tale ma *Volksgenosse*) a un ordine comunitario concreto ⁽¹⁸⁾. Considerazioni analoghe valevano altresì per il diritto penale i cui principi-cardine — come per esempio il divieto di analogia — vengono stravolti, dando luogo ad un abuso di tale istituto da parte degli organi giudiziari al punto da operare talvolta *l'analogia dell'analogia* (*Hyperanalogie*) ⁽¹⁹⁾ (p. 198). Si stava così generando un diritto penale della volontà (*Willensstrafrecht*) in base al quale era appunto la volontà dell'autore ad essere punita e non l'atto o il delitto; ciò richiedeva un dovere di fedeltà (*Treuepflicht*) tra i diversi

⁽¹⁷⁾ Cfr. L. LACCHÈ, *Due lezioni per il presente*, in T. VORMBAUM, *Diritto e nazionalsocialismo*, Macerata, EUM, 2013, p. 8.

⁽¹⁸⁾ Cfr. M. LA TORRE, *La « lotta contro il diritto soggettivo ». Karl Larenz e la dottrina giuridica nazionalsocialista*, Milano, Giuffrè, 1988.

⁽¹⁹⁾ In realtà, come sottolineato, tra gli altri, da G. MARINUCCI, *L'analogia e la «punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale»*, in « Rivista italiana di diritto e procedura penale », 50 (2007), la possibilità di eliminare il divieto di analogia era stata già teorizzata da Karl Binding (p. 1256).

membri della macchina penale (giudici, tedeschi, Gestapo) ⁽²⁰⁾ analogo a quello tra i soldati, pena l'esclusione dalla *Gemeinschaft*. Ben presto ci si sarebbe resi conto che ormai il principio vigente sotto il regime nazista non era più — a detta di Jouanjan — *nullum crimen nulla poena sine lege*, bensì *nullum crimen sine poena*.

Ma il *filo rosso* di questa opera di sovversione linguistica del sistema giuridico lo si ritrova nel termine-concetto di *Gemeinschaft* (o meglio, *Volksgemeinschaft*) la cui accezione nazista era completamente diversa da quella utilizzata nella *temperie* novecentesca tanto da assurgere a lemma fondamentale della *Lingua Tertii Imperi* ⁽²¹⁾. Un esempio paradigmatico era l'abolizione della parola *Jurist* di origini latine e dunque non solo appartenente al mondo giuridico romano ma anche troppo in linea con il formalismo e la neutralità della scienza giuridica praticata soprattutto da giuristi ebrei e la sua sostituzione con il termine *Rechtwahrer* (protettore o difensore del diritto) in perfetta sintonia con la *neolingua* del Terzo Reich. Allora, l'adagio attribuito a Hans Frank: « Alles, was dem Volke nützt, ist Recht; alles, was ihm schadet, ist Unrecht » forse come non mai sembra racchiudere, sia pur con qualche smagliatura, il progetto giuridico-politico dei giuristi nazisti, a cui avevano contribuito non poco anche i *dioscuri* del diritto nazista come Schmitt e Larenz. La torsione in senso *völkisch* delle categorie portanti della loro concezione (politica) del diritto cercando di giustificare teoricamente l'ingiustificabile — come sottolinea ampiamente — era il tratto caratterizzante della loro ben nota adesione al regime hitleriano (pp. 213-273). In questo modo avveniva l'inversione topologica del diritto non più costruito *more geometrico* ma ormai del tutto *deformatizzato*.

5. In ultima analisi, l'Autore anziché, come avvenuto in passato, operare un netto quanto aprioristico rifiuto di studiare il diritto nazista poiché *diritto degenerato* ⁽²²⁾, in quanto rispondente ad un sistema valoriale del tutto incompatibile con il diritto di un sistema democratico, sceglie coraggiosamente di intraprendere questo esercizio di *téralogie juridique*. Jouanjan decide pertanto di prendere le difese del positivismo ma percorrendo una via inusuale, cercando di *prendere sul serio* il diritto nazista e non di negare che lo stesso in via pregiudiziale possa costituire addirittura oggetto di studi. Superato tale ostacolo

⁽²⁰⁾ Cfr. *Justiz im Dritten Reich. Eine Dokumentation*, I. Staff (Hrsg.), Frankfurt am Main, Fischer, 1964.

⁽²¹⁾ Cfr. V. KLEMPERER, *LTI. Notizbuch eines Philologen*, Berlin, Aufbau-Verlag, 1947, trad. it. *LTI. La lingua del Terzo Reich. Taccuino di un filologo*, Firenze, Giuntina, 1988.

⁽²²⁾ B. RÜTHERS, *Entartetes Recht. Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich*, München, C.H. Beck, 1988².

metodologico egli analizza tale sistema giuridico non con gli occhi del giusnaturalista (per il quale risulterebbe molto agevole liquidare in poche battute questo diritto *mostruoso*) bensì dal punto di vista del positivista. Munito di tali strumenti teorici Jouanjan indaga nel dettaglio il linguaggio giuridico del nazismo, la sua grammatica, la sua retorica e perfino i suoi inevitabili ossimori. Da questa dettagliata e originale analisi si evince, secondo l'Autore, il rifiuto della tradizione romanistica a vantaggio di quella germanica e il conseguente dissipamento del *tesoro latino* al solo scopo di cercare di trovare un'impossibile giustificazione giuridica a ciò che moralmente è ingiustificabile, dimostrando come il formalismo non poteva essere la base di un diritto sostanziale come quello nazista che egli definisce *une domination sans formes* (p. 290). Anzi, esso [il positivismo] non poteva che essere il nemico giurato di un siffatto sistema concreto e sostanziale. Se il percorso di Jouanjan può dirsi senz'altro innovativo e avvincente (in quanto anch'esso mira a diradare le nebbie che hanno avvolto tale ambito di studi) ⁽²³⁾ così come l'intento è indubbiamente lodevole ciò che tuttavia lascia un po' perplessi è proprio l'approdo finale di tale articolato *iter*. Anche il giurista francese non resiste, difatti, alla tentazione di affermare che il diritto nazionalsocialista ⁽²⁴⁾, per quanto meriti di essere analizzato — o, forse meglio potrebbe dirsi, sezionato, come un cadavere in un obitorio di cui si cerca di capire la causa della morte — in fin dei conti possa definirsi *non-droit*, o *Recht im Unrecht* ⁽²⁵⁾. Per *scagionare* il positivismo dalla consueta accusa di essere stato in qualche modo il cavallo di Troia della presa del potere *legalmente* da parte dei nazisti Jouanjan finisce tuttavia con il rimanere intrappolato in una sorta di vicolo cieco: vuole rigettare ogni rifiuto 'emotivo' e quasi istintivo del diritto nazista sulla base dei valori di riferimento ma ricade in un rifiuto pur effettuato con altri mezzi che dovevano essere quanto più razionali possibili ma che alla fine non si rivelano tali. *A fortiori*, se come pensa Jouanjan, le pratiche ed i rituali burocratici sono al limite dell'insignificanza difendere un certo formalismo giuridico da critiche alquanto frettolose e banali vuol dire allora riconoscere al diritto un contenuto minimo di morale e/o di politica in quanto il senso profondo delle forme e delle procedure è di contenere

⁽²³⁾ L'evocativa immagine è stata utilizzata da P. CAPPELLINI, *Il fascismo invisibile. Una ipotesi di esperimento storiografico sui rapporti tra codificazione civile e regime*, in «Quaderni fiorentini», 28 (1999), pp. 175-291 in relazione ai problematici rapporti tra scienza giuridica civilistica e fascismo.

⁽²⁴⁾ Spunti interessanti in tal senso si possono ricavare dalla lettura dei due brevi ma significativi contributi di T. VORMBAUM, *Diritto e nazionalsocialismo*, cit.

⁽²⁵⁾ Cfr. M. STOLLEIS, *Recht im Unrecht. Studien zur Rechtsgeschichte des Nationalsozialismus*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1994.

(entro certi limiti) la potenza informale dei valori e di *mettere in forma* la weberiana « guerra degli dei ».

RICCARDO CAVALLO

GIACOMO PACE GRAVINA, *Il Codice e la sciabola. La giustizia militare nella Sicilia dei Borbone tra repressione del dissenso politico ed emergenza penale (1819-1860)*, Acireale-Roma, Bonanno, 2015, pp. 224.

Col medesimo « formidabile colpo di timpano » con cui si apre una delle opere più lette dell'Ottocento (U. Eco, *Sullo stile del Manifesto*, 2002), potremmo anche noi provare a immaginare che all'indomani della Restaurazione, in un mondo all'apparenza pacificato, « uno spettro s'aggrava per l'Europa: lo spettro della rivoluzione ».

L'avventura napoleonica si era già consumata, l'antico console e legislatore dei Francesi finiva i suoi giorni su una angusta terra d'oltremare, la febbre che aveva infiammato terre, cuori e armate era ormai solo un pallido e scolorito ricordo da dimenticare, prima possibile. Nel frattempo i vecchi poteri e le antiche dinastie rientravano sulla scena e ridisegnavano le gerarchie sociali e le geografie politiche, tornavano volentieri all'antico, senza però spingersi al punto da ostacolare il nuovissimo e collaudato dispositivo della monarchia amministrativa.

I sovrani che erano stati deposti hanno appena avvertito il mondo franargli sotto, hanno conosciuto le storie di altri regnanti mandati al patibolo come i più ignobili grassatori, di folle inferocite e affamate, di diritti e concessioni reclamati sulla punta dei forconi o al battere infuocato dei cannoni. Pochi decenni, avvertiti come il volgere di un'era geologica, in cui ad essere *sacrilegamente* violato era il potere ricevuto per diritto di nascita e custodito come il più sacro attributo dei due corpi del Re. Per non dire delle armate marciare oltre i sacri confini dei regni, o delle corone aggiudicate secondo il capriccio di un piccolo ufficiale di artiglieria che aveva preteso di farsi imperatore. Hanno vissuto tutto questo come il propagarsi di una peste che ha falciato esistenze ma, ancor peggio, che ha posto fine a un ordine plurisecolare, ne ha contestato la naturalità, ha reclamato al posto di quella una nuova idea di natura e di società. In qualche caso hanno sentito persino di governanti che pronunciavano la parola Costituzione. Il che deve essere apparso quasi come un albero che avesse invocato la scure che se ne stava acquattata nell'ombra, pronta ad abbattearlo (quell'albero) per farne legna da ardere.

Per dirla con Walter Benjamin, il tempo omogeneo e vuoto degli orologi riguadagnava il suo spazio, cancellando con un colpo di penna il tempo pregno e gioioso del calendario rivoluzionario. Era necessario

(anzi, urgente) chiudere la lunga parentesi del caos, del carnevale sfrenato, dell'ebbrezza orgiastica e confusa, per tornare al placido scorrere del tempo immobile, dell'eterno presente, dei giorni uguali ai giorni. Nonostante tutto, però, era impossibile non avvertire un presentimento sinistro, quasi che il peggio si apparecchiasse a comparire di nuovo. Si trattava, allora, di elaborare il trauma, di provare a scongiurare il ripetersi di uno scenario mortifero, congegnando nuovi strumenti e più efficaci procedure per impedire al bubbone conspirativo (sempre in agguato) di circolare liberamente e di ammorbare le membra sane del corpo sociale.

Su questo sfondo, si dipanano le storie del Regno delle Due Sicilie narrate da Giacomo Pace Gravina, che con mano sicura accompagna il suo lettore tra le maglie di una imponente documentazione archivistica, investigata in anni di ricerche e in gran parte finora inesplorata.

Cominciamo dal titolo. Per la forza evocativa e simbolica dei suoi sintagmi nominali, « Il Codice e la sciabola » si associa — *liberamente*, direbbe il Viennese — al capolavoro di una tra i più brillanti antropologi dell'età contemporanea, « Il crisantemo e la spada » di Ruth Benedict (*The Chrysanthemum and the Sword: Patterns of Japanese Culture*, 1946). Commissionato all'autrice dall'Office of War Information, il corposo studio era destinato a diventare il manuale e il breviario delle forze americane di occupazione in Giappone. Come per il nostro libro, il titolo della Benedict serviva a evocare una polarità e un campo di tensione: il *crisantemo* rappresenta l'Ikebana, l'arte dei fiori, la dimensione artistica e spirituale della cultura nipponica; la spada celebra il prestigio del Samurai e quindi il suo versante guerriero. Nel volume di Pace Gravina « Codice » rinvia all'idea di stabilità, di ordine, di legalità. È soprattutto segno e rappresentazione della modernità: con la postura borghese dei suoi giuristi (avvocati e professori), interpreti di una religione civile ispirata a « ragione, probità e benevolenza ». La « sciabola », all'opposto, più che una parola è il timbro terrifico delle « grida di guerra », delle sollevazioni e delle decapitazioni, è « il sangue seccato nei codici ».

Un testo dunque che non rinuncia, sin dalla sua intitolazione, a mostrare quanto la messa in forma di una collettività, la sua organizzazione in corpo politico compatto e disciplinato abbia tratto profitto non soltanto da un insieme di regole che definivano il perimetro delle libertà individuali e determinavano soglie e infrazioni distribuite su diversi livelli di gravità, ma anche dall'obbedienza imposta col drastico ricorso a misure d'eccezione tutte le volte che il governo dell'ordine pubblico e il mantenimento della pace e dell'integrità del regno lo avessero consigliato. D'altronde, il decidere sullo 'stato d'eccezione', vale a dire su quella congiuntura in cui l'applicazione delle regole correnti deve far posto a un regime straordinario, rappresenta la modalità d'azione che — secondo la nota definizione di Carl Schmitt — compendia l'essenza stessa del potere sovrano.

La trama narrativa del libro si costruisce e si articola su tre piani distinti e interconnessi: il piano delle norme (livello discorsivo); il piano

dei processi (livello coercitivo); infine, il piano delle sedimentazioni e degli effetti di medio-lungo termine (livello genealogico).

Ciascuno dei tre segmenti considerati deve essere letto in parallelo e in continuo dialogo con gli altri due, poiché, per esempio, è solo dagli scarti tra programma normativo e azione repressiva che è possibile cogliere, nella sua concreta portata, la filosofia dell'eccezione che soggiace all'azione di governo nella cruciale fase storica che va dal 1819 al 1860.

D'altro canto, le giuste considerazioni dell'Autore, per cui gli strumenti repressivi introdotti e utilizzati dalla monarchia borbonica vennero recuperati in piena spedizione dei Mille dai vertici delle truppe garibaldine, consentono di dare rilevanza a un fenomeno magistralmente studiato e definito dal sociologo Norbert Elias. Mi riferisco al così detto «incapsulamento», ossia al trasferimento da una struttura politica ad una successiva — quali che siano le rispettive ideologie o le coordinate istituzionali — di tecniche specifiche utilizzate per mantenere gli equilibri tra gruppi sociali antagonisti. Un fenomeno che a ben vedere si situa nei paraggi della riflessione di Michel Foucault, là dove utilizza la categoria di genealogia (Nietzsche, *La genealogia, la storia*, 1971), come osservazione singolare dei conflitti e dei rapporti di forze nel vivo del loro prodursi, in opposizione a quella di origine — *Entstehung* — intesa invece come legge primigenia e inflessibile dell'apparizione di un fenomeno.

L'articolazione strutturale e tematica del libro si lascia seguire anche come scansione cronologica del racconto. Comincia nel 1819, anno in cui la restaurata monarchia borbonica mette mano a una profonda opera di legiferazione che tocca anche il versante penale. Viene promulgato il *Codice per lo Regno delle Due Sicilie*, il cui libro secondo contiene le *Leggi penali*. Particolare rilievo viene dato ai delitti di lesa maestà ovvero contro la sicurezza interna dello Stato: riguardano i crimini contro la sacra persona del re e la famiglia reale e quelli che si configurano come attentati o cospirazioni che abbiano ad oggetto «di distruggere o cambiare il governo o di eccitare i sudditi e gli abitanti del regno ad armarsi contro l'autorità reale» (p. 18). Tutte condotte punite con la pena di morte e col terzo grado di pubblico esempio, la più severa delle sanzioni contemplate dalla raccolta.

Tali disposizioni, ci ricorda l'Autore, «intervenevano su un versante cruciale della repressione penale: il regno appena restaurato dopo il secondo esilio forzato del Re in Sicilia, [...] si trovava in un contesto complesso e poco agevole da governare» (p. 19). Molti i nemici che nell'ombra covavano progetti di destabilizzazione e sovversione: quanti avevano preso parte all'avventura politica di Giuseppe Bonaparte e Gioacchino Murat, ma anche i soldati che avevano combattuto nelle truppe di Napoleone, gli ufficiali affiliati alla massoneria o ad altre società segrete. In Sicilia, si aggiungevano i baroni che avevano guidato l'esperienza parlamentare del 1812, i giuristi palermitani, i nostalgici

delle istituzioni dell'antico *Regnum* e, infine, uno sgangherato e male assortito esercito di reduci, banditi ed esuli.

Si può ben capire, allora, perché la pena capitale, secondo il Codice, sarebbe stata comminata anche a chi avesse preso senza titolo il comando di un'unità dell'esercito, a chi avesse eccitato la guerra civile tra la popolazione del Regno, a chi si fosse fatto promotore di bande armate al fine di invadere o saccheggiare piazze militari, a chi, infine, avesse compiuto saccheggi e devastazioni in uno o più comuni o contro una classe di persone. In quest'ultima ipotesi, il delitto consumato veniva punito come « misfatto mancato ». Lo spettro della rivoluzione « non aveva cessato di turbare i sonni del monarca napoletano » (p. 19 e s.).

Nel 1819 viene, altresì, promulgato lo *Statuto penale militare per lo Regno delle Due Sicilie*, « un fratello nascosto » della codificazione penale, ma che si è dato a vedere, dal suo nascere, come un « potere terribile » (p. 22). Un testo poco studiato dalla storiografia, quasi fosse stato rimosso e ricacciato nel suo luogo oscuro. Il nostro Autore lo esplora in ogni sua piega. Ne mette in luce l'alta caratura tecnica e l'impianto moderno, lo disvela — grazie a un notevole scavo archivistico — nel suo concreto funzionamento come dispositivo di normalizzazione di individui anomali e pericolosi.

Apparentemente, la sua funzione sarebbe stata quella di disciplinare, in deroga alla giurisdizione ordinaria, i reati compiuti dai militari nell'ambito del loro servizio. Ma, in effetti, in tempo di guerra la giustizia militare — formata da ufficiali che non erano tenuti ad essere magistrati di professione — si estendeva anche al campo dei « reati pagani » (p. 23). Reati tipici rimessi a tale sede erano: tradimento, insubordinazione, inadempimento del servizio, saccheggio, devastazione, incendio, diserzione. Là dove si richiedeva un intervento più rapido ed esemplare — nelle ipotesi di rivolte, sedizioni, diserzioni — si utilizzava la « procedura subitanea », che aveva termini a difesa di poche ore e non contemplava l'impugnabilità delle sentenze, che venivano eseguite in tempi celerissimi.

In un breve volgere di anni, a seguito della rivoluzione siciliana del 1820-21, la competenza delle magistrature militari, insieme con le norme sostanziali e procedurali, vennero estese largamente. Accanto alle Corti ordinarie (Corte suprema, Gran Corti civili e criminali ordinarie, Gran Corti speciali) in ciascuna delle sette Valli minori della Sicilia — Palermo, Messina, Catania, Girgenti, Siracusa, Trapani, Caltanissetta — venne insediata una Commissione militare formata da sette giudici e un pubblico ministero (tutti ufficiali) che, ove si fosse riunita in un centro sede di Gran Corte, sarebbe stata integrata dal Procuratore generale come « uomo di legge », ma senza voto. Questo organo era competente contro i banditi catturati armi alla mano, i componenti delle comitive armate, gli accusati di uso illegittimo della forza armata, devastazione e saccheggio, gli autori e capi di rivolte popolari. Lo

spettro di casi che ne risultava era estremamente ampio ed estendeva a dismisura l'intervento delle Commissioni militari e il raggio d'azione dello *Statuto penale militare*, che finiva spesso per essere applicato a civili responsabili di reati comuni. Tutto ciò, però, non bastava: nel dicembre 1821 un altro decreto dispose presso le sette valli minori l'installazione di una Corte marziale ordinaria che avrebbe ricevuto i poteri prima attribuiti alle Commissioni militari e la competenza (sino ad allora spettante alle Gran Corti speciali) a giudicare nei procedimenti riguardanti « settari, asportatori e detentori di armi » con procedura « subitanea », verdetto espresso a maggioranza, inappellabilità ed immediata esecutività delle sentenze (p. 31).

La batteria di strumenti normativi di cui dispongono gli organismi che sono stati appena richiamati è, anch'essa, elaborata in modo da coprire diversi possibili livelli di intimidazione e afflizione: pena di morte (da eseguirsi per fucilazione, impiccagione o decapitazione), ergastolo, ferri, reclusione, relegazione, esilio dal regno, interdizione dai pubblici uffici, interdizione patrimoniale. La reclusione a vita si sarebbe espiata nel forte di un'isola; la pena dei ferri si sarebbe eseguita nei bagni penali trascinando, da soli o a due secondo la mansione assegnata, una catena legata ai piedi. Infine, la relegazione consisteva nel trasferire il condannato su di un'isola dove sarebbe rimasto nel corso della condanna. Le destinazioni: Ventotene, Ponza, Capri, Le Tremiti, Lipari, Ustica, Pantelleria, Favignana. Negli stessi luoghi in cui, nell'arco di pochi decenni, lo Stato liberale italiano prima e il regime fascista qualche decennio dopo avrebbero collocato i loro stabilimenti per gli individui sottoposti al domicilio coatto e al confino di polizia.

Ma qual era lo stato dei luoghi di detenzione in una monarchia che assegnava tanto rilievo all'esercizio del potere punitivo? Prevalentemente, erano fortezze militari, edifici cioè che per secoli avevano rappresentato il baluardo nella lotta militare contro gli invasori stranieri, e che fungevano adesso da strumenti dell'architettura della repressione. La loro vetustà concorreva all'effetto afflittivo sui reclusi.

Si trattava di luoghi umidi, oscuri, sudici e infestati dai parassiti. Ciò nondimeno, la monarchia borbonica, a causa del crescente numero della popolazione carceraria, mise mano a un'ampia opera di ristrutturazione di vecchi penitenziari o di costruzione di nuove strutture. A Trapani il carcere esistente venne riadattato dal 1820 al 1840, a Catania si inaugurò un nuovo capiente penitenziario nel 1831, a Palermo la *Vicaria nova* (successivamente nota come *Ucciardone*) venne edificata dal 1835 al 1840, il carcere siracusano di Ortigia fu iniziato nel 1853 e consegnato a ridosso del crepuscolo della monarchia borbonica. Queste due ultime strutture erano ispirate al modello del *Panopticon* di Jeremy Bentham, che ha costituito un fertile terreno di riflessione per la stesura del magistrale libro di Michel Foucault sulla nascita delle prigioni (*Sorvegliare e punire*, 1975).

Incrociando i dati del progetto siracusano — che assegnava sezioni specifiche in ragione della pena, e poi stanze per gli « imberbi », per i detenuti « per debiti civili », per gli « incorreggibili », « per i figli insubordinati a disposizione de' padri di famiglia », per gli ecclesiastici, per gli « accusati di alta polizia », — con un decreto reale del 1845, si può cogliere la volontà di non affidare la giustizia penale esclusivamente al rigore dei supplizi, ma anche alla razionale gestione della loro esecuzione (p. 52 e s.). Prendendo a prestito le parole di Max Horkheimer, faceva capolino una « razionalità strumentale » che, come si vede, oltre alla distribuzione razionale degli spazi, mira ormai al governo differenziale dei gruppi umani e alla messa in opera di modalità particolari di sorveglianza e di massimizzazione del lavoro carcerario. Sul terreno fondamentale della penalità, la monarchia borbonica è dunque in consonanza con quanto di nuovo si muove in Europa, con le acquisizioni, i progetti e le riflessioni di giuristi e di architetti.

Si tratta, beninteso, di un percorso *in fieri*, spesso smentito da una prassi ispirata a modelli di segno molto più tradizionale e arcaico. Pensiamo ai rituali simbolici dei supplizi e alla dimensione teatrale della pena, come in uno dei tanti sfortunati epiloghi cui il libro dedica il timbro letterario che è proprio del romanzo epico: « Vennero poi condotti fuori dal forte a piedi nudi, vestiti di nero, con il velo nero in testa, come prescriveva il terzo grado di pubblico esempio, preceduti da uno squadrone di cavalleria, seguiti dai bianchi e dai crociferi, verso il luogo dell'esecuzione, la piazza della Fieravecchia » (p. 167). Non meraviglia, dunque, che la relazione redatta dal Console di Sardegna a Palermo (1839) segnali un truce elenco di abusi: polizia violenta e prevaricatrice, magistratura interessata e asservita al governo, prassi lontana dai dettami di una codificazione di buon livello. Questo lato oscuro della questione si coglie in maniera ancora più vivida guardando all'andamento di alcuni processi svoltisi nell'arco di un trentennio.

Dopo la rivoluzione siciliana del 1820-21, il cui esito fallimentare si deve al male assortito campo dei rivoltosi e dei loro obiettivi — indipendenza da Napoli per il popolo, ripristino della Costituzione siciliana per l'aristocrazia, propensione verso la Costituzione di Cadice da parte delle truppe 'napoletane' — e col ritorno alla normalizzazione, vennero processati alcuni dei capi militari coinvolti.

Un processo importante per capire lo *Stylus iudicandi* dello *Statuto penale militare* fu quello a carico del generale Rosaroll. Questi venne accusato, assieme ai complici con i quali il 26 marzo 1821 aveva provocato la sollevazione delle truppe di stanza a Messina, di cospirazione contro la sicurezza interna dello Stato, fellonia, alto tradimento. Venne condannato a morte ma, grazie al disposto di una legge del 1811, in quanto contumace riuscì a sottrarsi all'esecuzione. Molti dei suoi sodali, tuttavia, tra cui un sacerdote, vennero condannati a morte « con

il 3° grado di pubblico esempio » e la sentenza fu eseguita il 2 marzo 1822, a meno di un anno dalla ribellione, sotto l'occhiuta sorveglianza delle truppe austriache acuartierate a Messina (pp. 66-75).

In altri casi, particolarmente rilevante il processo per il saccheggio di Caltanissetta, agli imputati non venne riconosciuto lo *status* di ufficiali e soldati autori di fatti di guerra: essi vennero processati per gli omicidi, i furti e i saccheggi compiuti, come delinquenti comuni. Ma questo processo si segnala per almeno altri due profili degni di considerazione: anzitutto perché le pastoie procedurali che ne intralciarono inizialmente l'avviamento vennero perentoriamente superate grazie all'intervento del Ministro per gli Affari di Sicilia che sollevò la questione presso il Consiglio dei Ministri e ottenne che un magistrato di provata esperienza e fedeltà alla corona prendesse in mano l'istruttoria e portasse a compimento quanto restava da fare per assicurare i colpevoli al meritato castigo. Il magistrato delegato, il milazzese Giovanni Cassisi, mostrò di saper fare un accortissimo uso della delega che in via straordinaria lo aveva reso arbitro di tale complessa vicenda giudiziaria e, se da una parte perseguì inflessibilmente gli autori dei delitti più gravi, dall'altra offrì l'impunità a coloro che si fossero consegnati spontaneamente. In modo da poter concentrare tutte le energie solo sui latitanti più pericolosi.

A tale intelligente scelta fece seguito nel febbraio 1825 un decreto reale di amnistia per gli autori del saccheggio, motivato con la necessità « di un provvedimento il quale, apprestando un competente tributo alla giustizia e all'esempio pubblico colla punizione de' rei principali, soddisfi insieme agl'impulsi dell'animo nostro clemente e valga ad assicurare l'interesse de' danneggiati e ad estinguere gli odi e le inimicizie fra individui di vicine popolazioni » (p. 95). L'amnistia non incluse gli imputati di omicidio, gli evasi dai luoghi di pena e, soprattutto, i comandanti della spedizione. A questa amnistia, che seguiva un precedente provvedimento emanato nel 1822 verso i « colpevoli per associazioni settarie », se ne aggiunse un'altra di portata più generale nell'agosto del 1825 per i delitti comuni commessi « oltre il Faro » da luglio a ottobre 1820.

Il tratto che accomuna questi provvedimenti e che, a dispetto delle apparenze, mostra una profonda sintonia con il regime penale d'eccezione vigente consiste nel carattere discrezionale del gladio punitivo. Con la stessa mano che solleva per colpire e vendicare i torti, il sovrano si mostra con i suoi corrugamenti mimetici, del padre severo e di quello magnanimo: quando reprime e quando perdona.

Materia per Corti marziali e commissioni militari fu, in questo torno di anni, anche la repressione delle associazioni sediziose, prima fra tutte la carboneria. Anche in questo campo, la documentazione dei processi evidenzia l'esistenza di una catena di comando di assoluta efficienza tra centro (politico) e periferie (giudiziarie). Il caso del processo celebrato dalla Corte marziale di Palermo contro Salvatore

Meccio, un ex-tenente della guardia di sicurezza interna, accusato di aver pianificato una sollevazione per il 12 gennaio 1822, è assai eloquente. Il 26 gennaio, tramite il Luogotenente generale, la Corte marziale ricevette una ministeriale con la quale si comunicava che « il re era impaziente di sentire l'esito delle prime operazioni decisive e che, essendo la Corte un Consiglio di guerra subitaneo, si affrettasse a emettere la sua sentenza » (p. 106). Meccio fu condannato a morte per ghigliottina nel successivo mese di settembre. Destino analogo, perlomeno in termini procedurali, fu quello che vide coinvolto nel 1823 il garzone catanese Placido Aulino. Accusato di portare un coltello (del tipo « trincialardo »), fu rimesso in libertà provvisoria dalla Commissione militare di Catania nel dicembre 1823. Ma nell'aprile del 1824 la decisione provoca la destituzione e rinnovazione dell'intera commissione alla quale, in sede politica (con un crescendo che aveva visto coinvolti il Luogotenente, il Ministro per gli Affari della Sicilia, il Consiglio di Stato e il Re in persona), era stato rimproverato di non conoscere bene la procedura penale (p. 117 e ss.).

Anche all'indomani del tentativo rivoluzionario del 1830 e della sollevazione di Palermo promossa da Domenico Di Marco (nipote di due carbonari implicati nell'azione di Meccio nel 1822) vi fu lavoro per le magistrature militari. Il 26 ottobre del 1831 il Consiglio di guerra di guarnigione elevato in Commissione militare presieduto dal maggiore De Bourcard (su nomina del Luogotenente generale Leopoldo di Borbone) condannò Di Marco e undici suoi complici alla pena della fucilazione con il terzo grado del pubblico esempio. Apparentemente, questa fu una tra le ultime condanne capitali di una Commissione militare, giacché il successivo decreto 2045 del marzo 1834 abolì questo organo e ne assegnò le competenze alla Gran Corti Speciali e alla Commissione suprema per i reati di Stato. Ma, in realtà, gli articoli 4 e 6 del Decreto disponevano che il Comandante militare della provincia o valle doveva « nel bisogno » convocare una Commissione militare *ad hoc* (p. 138).

Una propizia occasione per inverare tale ipotesi a stretto giro dalla sua formulazione furono le rivolte che interessarono alcuni centri della Madonie, ma anche Catania e Siracusa, a causa di un'epidemia di colera propagatasi nel 1837. A Carini, Termini, Prizzi, Corleone, Misilmeri, Bagheria, Villagrazia, Villabate, notabili, funzionari, dirigenti locali e, in generale, *cappeddi* — ovvero i gentiluomini che indossavano il cilindro come segno di distinzione dal popolino, che portava la più modesta *birritta* — vennero massacrati coll'accusa, pretestuosa, di essere gli untori che avevano diffuso il bubbone. In questa circostanza, i Consigli di Guerra ricevettero l'espressa direttiva di condannare a morte capi e istigatori delle rivolte ed erano formati dagli stessi ufficiali dell'esercito dei reparti impiegati per sedare le sollevazioni. Parafrasando von Clausewitz, una vera e propria conti-

nuazione della guerra con altri mezzi. Ai processi non prendevano parte « uomini di legge » in supporto tecnico ai Consigli e spesso i Presidenti dei Collegi giudicanti « non si curavano neanche di nominare i difensori degli imputati a norma dello *Statuto penale militare* » (p. 139). A Misilmeri, a Carini e a Termini intervennero i reggimenti *Napoli*, *Cacciatori* e *Calabria* e, in ognuna di queste sedi, vennero pronunciate decine e decine di condanne alla fucilazione per imputazioni di omicidio, saccheggio, devastazione e incendio. Anche a Palermo la Commissione militare usò la mano pesante e il 20 ottobre 1837 condannò a morte otto imputati ritenuti colpevoli di reati contro la sicurezza interna dello Stato, ordinando contestualmente la messa ai ferri per altri sette.

Le vicende del 1837 provocarono anche alcuni mutamenti nel sistema di governo siciliano: venne nominato luogotenente il duca di Laurenzana, furono aboliti numerosi privilegi dell'isola, si ripristinarono le vecchie sottointendenze e si sopprime la regola in base alla quale i Siciliani avevano l'esclusiva possibilità di ricoprire pubbliche cariche nella propria terra. Tuttavia, dopo la sospensione dell'esecuzione delle condanne pronunciate dalle Commissioni militari di Catania, Palermo e Siracusa, il 16 maggio 1838 venne concessa l'amnistia per i fatti del 1837. Il provvedimento d'indulgenza, naturalmente, escludeva « i promotori e i capi di tali sconvolgimenti politici » (p. 155). La repressione dei mesi precedenti aveva provocato un altissimo numero di latitanti (circa 1700, secondo la stima di Giovanna Fiume) e la gran parte di questi si erano dati al brigantaggio. Il ministro Giovanni Cassisi, già segnalatosi come un fedele e accortissimo funzionario della Corona dopo i fatti del 1820-21, aveva opportunamente consigliato di non eccedere nella persecuzione e di lasciare andare i « pesci piccoli ». Scelta che avrebbe scongiurato ulteriori forme di dissenso e di delinquenza, mostrando una volta di più il volto del paterno sovrano.

Nonostante tanta magnanimità, l'Autore fa rilevare come, per la maggior parte dei casi, nella teoria e nella prassi del diritto penale militare « l'identificazione spesso sapientemente utilizzata dei gruppi di patrioti con le 'bande armate' contemplate nelle *Leggi penali* ha permesso di procedere alla delegittimazione degli avversari, negando loro lo *status* di ribelli per inquadrarli nell'indistinto e degradato universo dei delinquenti comuni » (p. 191). Ma c'è di più: siamo dinanzi a una cieca strategia punitiva destinata a riflettere, fino ai nostri giorni, la sua ombra lugubre e sinistra sulle liturgie iniziatiche degli affiliati alle male sette. « Il connubio di 'civili' relegati per reati politici e delinquenti comuni, spesso macchiatisi di crimini efferati », ha fatto sì che — come a Favignana nel 1825 — i rituali carbonari di iniziazione e di fratellanza subissero una torsione antropologica non di poco rilievo quando cominciarono ad essere *assimilati* da assassini e malviventi (p. 199).

« Tribunali, toghe di paglia, rituali di iniziazione, delinquenti comuni assurti a gran maestri » sono, per il nostro Autore, una conferma delle più avvedute ipotesi storiografiche, secondo cui « l'istituzionalizzazione del fenomeno mafioso » è — già negli anni venti — « tra i risultati del clima di perenne emergenza penale e dell'abuso dei tribunali militari, insieme a omertà e latitanza » (p. 202).

L'ultima fiammata rivoluzionaria che provocò una dura repressione si ebbe nel 1848 con la proclamazione dell'indipendenza del Regno di Sicilia. Ai primi di settembre di quell'anno, le truppe borboniche comandate dal generale Carlo Filangieri di Satriano bombardano duramente la città di Messina e procedono, successivamente, a un massiccio rastrellamento strada per strada catturando patrioti, sbandati, fuggiaschi. Quando a Novembre il giudice del Tribunale civile Sebastiano Visalli, incaricato dell'istruttoria del procedimento a carico degli insorti imprigionati, chiede all'autorità militare i nomi dei soldati che avevano effettuato gli arresti, gli viene risposto: « i borghesi che furono arrestati nei giorni 8 e 9 settembre dalle pattuglie delle reali truppe, mentre saccheggiavano la città, lo furono in un momento di disordine e alla rinfusa e non è possibile di rinvenire i soldati che operarono gli arresti [...]. Non fu omissione da parte del potere militare, ma necessità che in quelle contingenze c'impedì di fare quanto doveasi. Epperò vorrà ritenere la presente come attestato della impossibilità di produrre i testimoni » (p. 163).

Il contesto politico delle terre d'Italia si andava, nel frattempo, sempre più indirizzando verso l'Unità, le idee di Mazzini circolavano e riscaldavano gli animi e questo contribuì a far sì che gli ultimi anni del governo borbonico in Sicilia fossero segnati da una torsione repressiva ancor più intensa delle precedenti. Per decreto si tornò, nel 1858, ai Consigli di guerra (in effetti, mai scomparsi) che sarebbero sempre intervenuti nei casi dei reati contro la sicurezza dello Stato qualora i rivoltosi fossero stati colti con le armi alla mano. Diversamente, competenti sarebbero state le Gran Corti speciali.

Nella realtà, questo principio garantistico di regolazione della competenza, venne applicato con disinvoltura. Memorabile il caso della « rivolta della Gancia » guidata da Francesco Riso, in cui l'argomento della mancata flagranza fu utilizzato dalla difesa, senza successo, per sottrarre gli imputati al Consiglio di guerra che pronunciò senza esitazioni tredici condanne a morte. All'anno precedente risale anche una circostanziata denuncia del patriota Giovanni Raffaele, che ebbe vasta eco sulla stampa europea e rinsaldò l'immagine del governo borbonico come « negazione di Dio », delle torture inflitte ai sospettati di delitti contro lo Stato (p. 57). Torture persino peggiori nella loro estenuante e arbitraria somministrazione di quanto fossero quelle in uso ai tempi dell'inquisizione medievale.

Durante l'impresa garibaldina lo Statuto penale militare rimane in vigore. Servì, tra l'altro, a processare parte dei rivoltosi (altri vennero

processati in tempi più lenti ed ai sensi del Codice sardo) che ad Alcara, a Biancavilla e a Bronte fecero nuovamente strage di *cappeddi*, saccheggiarono, incendiarono. Queste vicende tragiche ci dicono ancora, a distanza di tanti anni, che il 1860 non fu per nulla una cesura con il volto feroce della repressione militare dei decenni precedenti. Si potrebbe dire, anzi, che la Sicilia è stata — senza soluzione di continuità — un laboratorio per la sedimentazione dei caratteri originari e dei tratti permanenti del sistema penale italiano.

Il quadro sin qui narrato consente di descrivere la Sicilia come un territorio in perenne emergenza. L'allarme poteva essere generato non soltanto dalla partecipazione alle sommosse e ai disordini ma anche dalla manifestazione del proprio pensiero politico, dall'invocazione di riforme costituzionali, dall'adesione a sette, dall'insulto ai militari, dal porto di armi vietate. In tutto ciò, l'applicazione di uno strumento, pur severo, come lo *Statuto penale militare* veniva spesso forzata in direzione di possibili ulteriori limitazioni dei diritti della difesa e definizioni sommarie della procedura che avevano il sapore della vendetta esemplare molto più che della giustizia.

D'altra parte, però, non vanno sottaciuti episodi e vicende umane di segno opposto. Come il caso del capitano relatore Andrea Imperiali, che ispirò il suo ufficio di pubblico accusatore alla dignità e all'onore, tanto che «che nel 1826 chiese al presidente della Commissione militare di surrogare l'avvocato di un imputato, poiché il legale non difendeva efficacemente il suo assistito» (p. 193); o del tenente colonnello Francesco Savino, presidente della Commissione militare di Messina, che nel processo ai rivoltosi del 1847 garantì «l'intervento degli accusati e dei loro difensori» (p. 158); e ancora, dopo il 1848, la condotta di quel manipolo di avvocati che, in giudizi a dir poco difficili, «mostrarono quel coraggio della 'penalistica civile' evidenziato da Mario Sbriccoli» (p. 194).

Alla fine, siamo tornati al principio, al titolo di questo libro e al suo campo di forze. In proposito, Pietro Costa ci ha ricordato che nel discorso giuridico moderno — e questo vale massimamente per la storia della giustizia che del diritto scritto nei Codici è sempre approssimazione difettosa e claudicante — il sistema delle garanzie ispirato al principio di legalità e la sua sospensione divengono i poli di un campo di tensione, gli estremi di un rapporto di complementarietà e incompatibilità.

Questa consapevolezza dovrebbe aiutarci, in una fase in cui si avverte da più parti e si lamenta l'evanescenza della legge come orizzonte simbolico condiviso, a riflettere sul fatto che storicamente, come scrive Michel Foucault, «la legge nasce da battaglie reali: dalle vittorie, dai massacri, dalle conquiste che hanno le loro date e i loro orrifici eroi [...]. La legge non è pacificazione, poiché dietro la legge la guerra continua a infuriare all'interno di tutti i meccanismi di potere, anche dei più regolari. È la guerra a costituire il motore delle istituzioni

e dell'ordine: la pace, fin nei suoi meccanismi più intimi, fa sordamente la guerra » (*Bisogna difendere la società*, 1997, p. 49).

FRANCESCO MIGLIORINO

STEFANO SOLIMANO, *Amori in causa. Strategie matrimoniali nel Regno d'Italia napoleonico (1806-1814)*, Torino, Giappichelli, 2017, pp. XX-308.

1. Bologna 1811. Yves-Marie Pastol, brillante generale quarantenne, barone dell'Impero francese, e sua moglie, Pierrette Basire, d'illustre famiglia di Digione, che nella buona società bolognese aveva stretto una relazione con il marchese Francesco Sampieri, ventenne musicista dilettante legato a Rossini, celebrano un processo di divorzio per adulterio, il primo nella città dopo l'entrata in vigore del *code civil* nel Regno d'Italia napoleonico, ed è scandalo. La coppia ha probabilmente ampie vedute, più probabilmente intende semplicemente sottrarsi alle estenuanti formalità richieste dal divorzio per mutuo consenso, fatto sta che la causa per adulterio è intentata seguendo la via più ardua tra quelle previste dal codice: è la giovane moglie a richiedere il divorzio al generale che prontamente si dichiara reo di adulterio e concubinato con Carolina Bouticar, cameriera della famiglia. Il 'concubinato' nella casa familiare è, per così dire, palese e la pronta confessione del generale è, come si scrive nella sentenza, « abbondantemente verificata dal deposito giurato dei testimoni » che giungono persino ad attestare « atti da loro veduti assai prossimi alla carnale unione con la concubina ». I giudici non hanno dubbi e pronunciano il divorzio; Pastol non se ne duole, rinuncia all'appello e continua a frequentare la moglie in casa del marchese Sampieri. Tutto è chiaro, tutto è sospetto. E, sotto lo sguardo preoccupato dei francesi e del Ministro di giustizia, in città riprendono vigore le accuse nei confronti dell'empio codice straniero.

L'affaire Pastol ha un ruolo centrale nel bel libro di Stefano Solimano, *Amori in causa*, uno studio accurato e raffinato condotto sulla scorta di una vasta documentazione archivistica dei processi di nullità, separazione e divorzio nel Regno d'Italia napoleonico tra il 1806 e il 1814. Lo scandalo bolognese del « Generale che si finse amante » (p. 51 e ss.) indignò il Viceré Eugenio preoccupato per l'onore dei francesi; e determinò il Ministro di giustizia Luosi — che attraverso un'ispezione durata più di sei mesi aveva appurato la collusione fra le parti, gli avvocati, i giudici — a rendere ancora più stringente la sorveglianza sulle *strategie matrimoniali*. La posta in gioco era particolarmente alta: non si trattava soltanto dell'onore dei francesi ma del destino del codice, della complessiva tenuta del ponderato equilibrio nella sua

applicazione che il Ministro stava promuovendo con una capillare azione di controllo e d'indirizzo della magistratura, con incessanti interventi volti a evitare « disfunzioni, travisamenti o tradimenti ». Solimano rileva che fu proprio l'*affaire Pastol* a indurre a una più stretta vigilanza dei procedimenti per scioglimento del vincolo e a un monitoraggio più attento delle cause (p. 50). Luosi aveva inviato al Viceré Eugenio un primo prospetto delle domande di divorzio nel 1809; dopo il caso bolognese le richieste di dati ai Regi procuratori del regno divennero più puntuali e i prospetti statistici più articolati, comprendendo anche il riferimento alla « condizione delle parti » e ai procedimenti di separazioni e di annullamento. Nel 1809 il Ministro rilevava soddisfatto che le domande di divorzio « riduconsi al numero di tredici »; nel 1813 le statistiche offrivano un quadro più composito della situazione e un prezioso osservatorio dei modi di attuazione del *code*.

Dalle tabelle di Luosi e dalle puntuali verifiche condotte da Solimano emergono dati particolarmente rilevanti. Tra il 1806 e il 1814 furono presentate 130 domande di divorzio: 56 per mutuo consenso (ne furono accolte 41); 33 per eccessi, sevizie e ingiurie gravi (accolte 17); 20 per adulterio (accolte 12); 8 per condanna a pena infamante (accolte 4) ⁽¹⁾. I dati sono sicuramente sorprendenti: Benedetto Croce aveva individuato solo tre cause di divorzio a Napoli; Paolo Ungari aveva ipotizzato un numero di diciannove divorzi in tutta la Penisola; gli studi successivi non erano andati molto oltre. Le cause studiate da Solimano portano ora alla luce una ben diversa fortuna delle disposizioni del *code civil* sul divorzio ⁽²⁾.

I meriti del libro vanno, però, ben oltre quest'aspetto, pur rilevantissimo. Le tabelle di Luosi, il carteggio tra questi e i Procuratori generali del regno, le carte dei procedimenti, costituiscono infatti il punto di partenza di un itinerario che ricostruisce nel vivo delle pratiche e degli atteggiamenti dei giuristi un rilevante tassello della storia del 'dopo-codice'; una *Wirkungsgeschichte* protesa a comprendere impatto e tensioni prodotte dall'applicazione di un modello di civilizzazione e razionalizzazione del diritto civile imposto dall'alto, con la forza delle baionette. Con scrittura elegante Solimano segue gli *amori in causa* e, attorno ad essi e attraverso essi, mette a fuoco composite strategie di persuasione e educazione al codice, formalistiche applica-

⁽¹⁾ Significativo anche il ricorso alla separazione giudiziale (71 domande, 45 sentenze di accoglimento) e all'annullamento del matrimonio (56 domande, 33 accolte). Si cfr. alle pp. 180-186 il quadro di sintesi; per riferimenti più specifici si cfr. p. 70 e ss. (per le cause di divorzio per mutuo consenso); p. 82 e ss. (procedimenti per eccessi, sevizie e ingiurie gravi); p. 107 e ss. (divorzi per adulterio). Le tabelle — opportunamente sistemate, organizzate e completate da Solimano — sono riportate nelle Appendici del volume.

⁽²⁾ Come segnala Solimano nelle ultime pagine del volume, il quadro complessivo è molto probabilmente destinato a essere ulteriormente arricchito da ricerche in corso anche riguardo al Regno di Napoli.

zioni e ricercate disapplicazioni della legge, interpretazioni in bilico fra tradizione e innovazione, resistenze e condizionate adesioni al *modello*. Dall'intricato gioco di relazioni fra politica e magistratura, diritto e società, emerge un complessivo affresco della prima vita del *code* e si intravede in controluce la « genesi » del processo di costruzione dell'identità giuridica nazionale italiana.

2. L'osservatorio è sempre duplice. Movendo ora dall'alto e ora dal basso, sono messi a fuoco punti d'incrocio e di frizione fra norme imposte e mentalità, fra controlli, indirizzi, interpretazioni dei giudici, scelte processuali delle parti. Figura di raccordo tra il re e il codice, tra il codice e i magistrati (e il popolo) è un Ministro di giustizia lacerato fra esatta applicazione della « traduzione » del codice di Napoleone, Imperatore de' Francesi e Re d'Italia, e necessità di rendere « l'impatto del *code* meno traumatico possibile ». Senso del dovere, grande capacità organizzativa, preoccupazione costante di selezionare e formare i magistrati, di ottenere una spedita e uniforme decisione delle cause, convivono in Luosi con il bisogno di popolarizzare e far amare il codice (« Perché le leggi siano bene osservate bisogna che siano amate dal popolo », scrive a un giudice nel 1806; p. 18). L'attenzione particolare che egli dedica alle cause di divorzio non è da questo punto di vista casuale. Il rifiuto di Napoleone di procedere a una modificazione del *code* tenendo conto delle accorate richieste di eliminazione del divorzio, visto come estraneo alla società italiana e in contrasto con la religione cattolica dichiarata religione dello Stato nella stessa Costituzione del regno, rendeva più che mai forte la preoccupazione di attenuare l'impatto del codice straniero sulla società italiana, più che mai arduo il compito di 'far amare' la legge. Tutto lasciava presagire che sul divorzio si sarebbero concentrati i contrasti e che proprio il divorzio sarebbe stato il principale banco di prova della puntuale e moderata *attuazione* ricercata da Luosi, il campo d'azione da controllare e monitorare per creare un equilibrio tra imposizione e persuasione, tra *code* e costumi italiani.

Non stupisce che il caso dei coniugi Basire-Pastol avesse attirato così a lungo l'attenzione del Ministro. Quella causa metteva in discussione l'immagine del divorzio come « rimedio estremo da non fare degenerare in abuso », rinfocolava odi e fanatismi, accentuava l'imposizione e la distanza del *code* dalla società italiana. Palesemente indirizzata a eludere il divorzio per mutuo consenso come « affare di famiglie » e « fra famiglie », ad aggirare le condizioni e le cautele fissate dalla legge, prima fra tutte l'espressa « autorizzazione » dei genitori ⁽³⁾, la

⁽³⁾ Un giudice della Corte di Giustizia di Mantova le riassume in ben diciassette punti, cfr. pp. 59-60. Sull'interpretazione rigorosa dei requisiti della domanda da parte dei magistrati (sia italiani che francesi), e in particolare riguardo all'accertamento della autorizzazione parentale e della premorienza dei genitori e degli avi, si cfr. p. 64 e ss.

causa bolognese rendeva, per così dire, effettivo il mutuo consenso al divorzio attraverso una *mise en scène* che utilizzava il codice contro il codice, oltre l'ordine delle famiglie. Un'anomalia assoluta, insomma, non solo rispetto alle strategie benedette dalle famiglie (per evitare, ad esempio, ricorrendo al divorzio per mutuo consenso, lo scandalo del divorzio per adulterio della moglie), ma anche rispetto alle situazioni in cui i coniugi non erano sufficientemente spregiudicati (e benestanti) per tentare di giungere al divorzio consensuale aggirando gli ostacoli del divorzio per mutuo consenso.

Vincoli e condizioni del divorzio per mutuo consenso non ingabbiavano, del resto, solo le parti ma anche i giudici, relegati in un ruolo « quasi notarile » (p. 176) e completamente privi di spazi d'intervento entro un procedimento che assumeva « le sembianze di un processo formulare » (p. 63 e ss.) (4).

La discrezionalità del giudice assumeva rilievo invece nella valutazione dei fatti posti a fondamento della domanda nelle tre ipotesi di divorzio per causa determinata. Il percorso per la parte richiedente era meno accidentato ma non più agevole. Il campionario offerto da Solimano mostra un significativo protagonismo femminile nella presentazione delle domande: le mogli chiamarono in giudizio i mariti nel novanta per cento delle cause di divorzio e di separazione per eccessi, sevizie e ingiurie gravi; nella totalità dei casi di divorzio per condanna a una pena infamante. Il quadro si rovescia soltanto nel caso di divorzio per adulterio, segnato dalla disparità di trattamento che limitava la domanda da parte della moglie al solo caso di lesione pubblica del suo onore, quando la concubina del marito fosse stata introdotta nella casa familiare. Furono solo quattro i casi di divorzio ottenuti dalle donne seguendo quest'ultima via, tra questi « l'adulterio simulato » del generale Pastol fatto valere da Pierrette Basire (p. 111 e ss.).

Quando i giudici abbandonavano 'il ruolo notarile' la loro formazione e la loro mentalità assumeva un rilievo spesso determinate: le definizioni di eccessi, sevizie, ingiurie, pena infamante, adulterio, concubinato erano caratterizzate dal vocabolario mentale degli interpreti più che da un esegetico ossequio del codice. Oltre il codice emergevano riferimenti costanti alla « fonte della universale giurisprudenza » (che ovviamente campeggiavano anche nelle memorie difensive degli avvocati e nelle conclusioni dei Regi procuratori) per fissare fatti rilevanti, pene infamanti, soggetti meritevoli di tutela. Nei giudizi di primo grado il tradizionale riferimento alla *potestas corrigendi* del marito e al requi-

(4) Di tale estrema rigidità del procedimento si lamentarono i (soli) giudici di Venezia; l'applicazione dei criteri fissati dalla legge fu in ogni caso rigorosa e in molti casi caratterizzata da eccessi di zelo. Sulla situazione negli ex domini della Serenissima, (dove fu presentata la maggior parte delle domande di divorzio) si cfr. p. 70 e ss.; riguardo agli eccessi di zelo nelle cause di divorzio per mutuo consenso, si cfr. p. 61 e ss.

sito della necessaria abitualità della violenza delimitava ‘eccessi, sevizie e ingiurie gravi’ a casi in cui ci fosse ‘pericolo di vita’, dava senso alle parole fuori dai confini delle novissime leggi. Le scelte delle Corti d’Appello erano più variegate ma non era semplice conformarsi alla legalità del codice, abituarsi — come invitava a fare la Corte d’Appello di Venezia (p. 90 e ss.) — a leggere i fatti stando alle parole del codice, senza mediazioni, senza compromessi.

E d’altronde compromessi fra passato e presente affioravano ripetutamente dalla difficoltà di imporre la precedenza del matrimonio civile rispetto al religioso (cfr. p. 80 e ss.), dalle dispute sull’irretroattività (p. 41 e ss.), dalle interpretazioni dell’art. 4 che smentivano il divieto di eterointegrazione, dal continuo richiamo di fonti solennemente abrogate e da prassi di esplicita disapplicazione del nuovo codice. In queste ultime ipotesi ‘l’attuazione’ passava attraverso una disapplicazione imposta dall’alto. Indicativi in tal senso sono i casi trattati da Solimano nel capitolo sulle « unioni impossibili » (pp. 123-171): il « divieto di unione tra i bianchi e le nere o tra i neri e le bianche » vigeva in forza di una circolare (peraltro antecedente al *code*) considerata legge vigente in palese contrasto con il codice che non conteneva alcun impedimento legato alla razza; a Modena fu invece un prefetto zelante a adoperarsi per rendere impossibile un matrimonio tra un israelita e una cristiana per evitare ‘turbamenti’ nell’opinione pubblica. « La mentalità, i pregiudizi e le vecchie costumanze non [erano] state affatto scalfite dal *code civil* » (p. 136). Non lo era la mentalità dello stesso Luosi la cui ricerca di un ponderato equilibrio tra imposizione e persuasione si tradusse nell’esplicita richiesta di fissare ufficialmente con decreto il divieto di unioni interrazziali; in altri casi, più prosaicamente, si era semplicemente limitato a disapplicare il codice di cui era « custode e conservatore ».

3. La tensione tra imposizione (della traduzione) del *code civil* e divulgazione/persuasione/accettazione è utilizzata da Solimano come una lente di ingrandimento per scorgere quanto accade negli interstizi e andar oltre le nette dicotomie attraverso cui leggiamo la svolta codificatoria, l’ingresso nell’età del codice. I coniugi, le famiglie, i parroci, i prefetti, gli avvocati, i giudici, il ministro, il re: le strategie matrimoniali del dopo-codice hanno più protagonisti, narrano più vicende e scandali, mostrano diverse forme di incontro tra il *code* e la società. Le *strategie matrimoniali* orbitano tutte attorno alla legge, alla preminenza della politica e alla nuova gerarchia delle fonti, tuttavia ‘le conseguenze’ del progetto-codice appaiono caratterizzate da una legalità imperfetta, minata dal riferimento a pratiche del passato e a fonti abrogate, da interpretazioni ora cavillose ora disinvolute, da esasperanti formalità, da disapplicazioni e ‘governo delle circolari’. Il ruolo propulsivo della politica nel progettare e imporre un modello di società si presenta ambivalente, come il vocabolario tecnico degli interpreti: oltre

il progetto, oltre la fissità e l'assolutezza della legge 'straniera', il codice è piegato dagli stessi disegni di persuasione e propaganda volti a ottenere 'amore del popolo', si riempie di contenuti negli incontri e scontri prodotti da un'attuazione caratterizzata dalla mentalità degli interpreti.

Possiamo parlare allora di un codice immesso nel vivo delle relazioni sociali, perfettamente metabolizzato dalla società? Più che dall'inevitabile 'incontro' tra codice e società, il dato più rilevante dell'attuazione nel regno italico è offerto dalla costruzione giorno dopo giorno delle norme da 'imporre' alla società, dalla sovrapposizione di un codice immaginato come corrispondente alla mentalità e ai costumi italiani al codice del legislatore. Dalle cause studiate da Solimano non emerge lo scollamento tra un modello straniero e una società compatamente pronta a respingerlo ma la prova generale di un processo di persuasione al codice, di costruzione di un codice nazionale immaginario. Su più vasta scala il processo si ripeterà per affermare il codice civile comune a tutti gli italiani, per legittimarlo e imporlo a una società ancora divisa nei costumi, nelle abitudini, nel diritto.

È paradossale che tale prova generale di persuasione al codice avesse avuto come banco di prova il divorzio, un istituto poi escluso dal codice civile del 1865 perché ritenuto estraneo alla mentalità e ai costumi degli italiani, inconciliabile con il codice 'veramente italiano'. Come prova provata non si mancava d'invocare la ribellione degli italiani al *code civil*, il loro pressoché assoluto rifiuto di ricorrere al divorzio. Nessuno più ricordava l'anomala ribellione dei coniugi Pastol e la non meno anomala conclusione dello scandalo bolognese. Anche se le inchieste avevano appurato l'elusione della legge, il Ministro esclude l'istruzione di un processo: la vicenda fu risolta per le vie brevi, il generale fu inviato a combattere l'armata russo-prussiana, Pierrette Basire allontanata dal Regno d'Italia napoleonico.

GIOVANNI CAZZETTA

MARIA SOLE TESTUZZA, "*Ius corporis, quasi ius de corpore disponendi*". *Il Tractatus de potestate in se ipsum di Baltasar Gómez de Amescúa*, Milano, Giuffrè, 2016, pp. 369.

Maria Sole Testuzza ha dedicato una completa monografía, publicada en la Biblioteca aneja a estos *Quaderni*, a un jurista casi olvidado; un magistrado de Toledo que desarrolló su carrera en las posesiones italianas de la Monarquía católica — *hispanus in Sicilia habitans* escribió a su admirado Justus Lipsius — donde se casó y asentó hasta su muerte algo prematura (1604). Autor de una sola obra, el

tratado *De potestate in se ipsum* de este Gómez de Amescúa recibe ahora una lectura tan atenta como la documentada reconstrucción de su vida y sus actividades profesionales.

La obra se divide en dos partes en desarrollo de los asuntos así aludidos. Los capítulos que componen la primera abordan sucesivamente vida, formación y profesión del magistrado español y las particularidades editoriales del tratado. En esta breve nota es suficiente advertir que la competencia de Testuzza vuela con particular brío en esta parte, como acredita su buen trabajo en los archivos — es ejemplar la pesquisa sobre los estudios del futuro magistrado en la vieja Salamanca y la diminuta Sigüenza — y su pericia en el análisis bibliográfico. Enfrentada a esas cuestiones la autora se revela como una investigadora de raza al interpretar el cúmulo de datos que atesora su libro en el contexto más amplio que les otorga sentido: las carreras de los oficiales regios enviados fuera de España, las empresas editoriales de Sicilia y Milán, las lecturas del tratadista y su relación (epistolar) con Lipsius y, ahora como conclusión de la obra, la fortuna del tratado, su proyección indiana y europea hasta llegar a los penalistas de la *scuola positiva*. Por eso, más allá de las circunstancias del tratado y de su autor, esas páginas reservan al lector enseñanzas de ámbito general.

La segunda parte se concentra en la obra y examina el contenido a partir de una paradoja fundamental: el hombre es patrón de su cuerpo — sobre la base indiscutible del libre arbitrio — pero se encuentra bajo el mandato divino que prohíbe, como *crimen lesae maiestatis*, el suicidio. Seguramente pocos espacios temáticos trató la jurisprudencia de antiguo régimen, acaso junto a la condena de la usura, como este asunto del *ius corporis* para situar al experto en derecho ante fuentes de otra naturaleza, como la literatura de estirpe greco-latina y las obras de teología.

El derecho a disponer de sí mismo presupone su ejercicio con riguroso respeto a las prohibiciones legales. En los capítulos de esa otra parte la autora expone la investigación que trazó el viejo magistrado sobre los límites de tan rara especie de propiedad: la resistencia o la pasividad ante atentados físicos, lo que rodeaba las previsiones del derecho penal (castigo capital, ayuda ejecutiva al suicidio, tormento, omisión de la propia defensa); la tolerancia hacia las lesiones menos graves *ad carnem domandam*; en fin, las varias penas — canónicas, civiles, hispanas — impuestas *pro crimine se vulnerandi*. Pero el magistrado disertaba todavía de las consecuencias del riesgo asumido por conseguir lo honesto y lo lícito (esto es, *pro Republica, Regibus, parentibus, filiis, uxoribus, maritis, propinquis, amicis*, pero también *pro saluti* — tanto *corporali* como *spirituali*), así como de las actividades lúdicas — de las justas a los deportes menos violentos, con énfasis en los juegos de toros — y otros actos dispositivos (entregarse como rehén o entrar

en prisión por deudas, prestar servicios en régimen de *locatio operarum*, admitir la práctica de estudios anatómicos sobre el cuerpo muerto o, simplemente, vender un favor sexual). También la propia fama podía estar en cuestión, debatiéndose entonces sobre la licitud de la autoinculpación de un crimen. A las constantes citas del tratado, bien administradas, Testuzza añade en las notas una rica bibliografía que permite a su lector acceder a la historiografía que ha enfocado las variadísimas cuestiones que preocuparon a Baltasar Gómez de Amescúa.

« Un andamento labirintico », concluye la autora, tal y como era propio de aquella exótica literatura que, gracias al esfuerzo realizado, goza ahora de un fácil acceso... Incluso de usuarios ajenos a nuestra diminuta parcela histórico-jurídica.

CARLOS PETIT

Segnalazioni

Assesti fondiari collettivi e « storia vivente » di un libro

Il *Centro studi sulle proprietà collettive e la cultura del giurista “Guido Cervati”*, animato da Fabrizio Marinelli, ha dedicato a un libro, nel giugno del 2017, il suo XIII Convegno annuale (*‘Un altro modo di possedere’. Quaranta anni dopo* ⁽¹⁾); a distanza di pochi mesi il *Centro di studi e documentazione su demani civici e le proprietà collettive* di Trento ha promosso la ristampa di quel volume e dedicato all’evento la sua XXIII riunione annuale (*“Un altro modo di possedere”: da elaborazione dottrinale a progetto culturale* ⁽²⁾). Si è trattato del festeggiamento di un lungo tratto di strada percorso — vissuto — assieme. Nel corso di questi quarant’anni il libro di Paolo Grossi è stato parte non solo della vita dei Centri di studio sugli assesti fondiari collettivi ma anche dell’esperienza di molteplici comunità che in quel libro si sono riconosciute e a quel libro hanno fatto riferimento per difendere la specificità della propria identità giuridica: nei due convegni al dialogo tra storici e giuristi, privatisti e pubblicisti, si è pertanto sovrapposto il riferimento al perdurante colloquio con i variegati assesti di proprietà collettiva cosparsi nel territorio della penisola italiana, comunità che nelle parole portanti del libro non hanno visto un astratto manifesto, l’ennesimo progetto dottrinale imposto dall’alto, ma la concretezza di un lessico giuridico capace di dar loro voce.

(1) Gli *Atti del Convegno* — curati da Fabrizio Marinelli e Fabrizio Politi — tenutosi all’Aquila il 9 giugno 2017, sono pubblicati nella collana ‘Assesti fondiari collettivi’ (Pisa, Pacini Ed., 2017). Il volume comprende, oltre agli interventi dei due curatori, scritti di Carlo Alberto Graziani, Achille De Nitto, Vincenzo Cerulli Irelli, Raffaele Volante, Pietro Nervi, e si conclude con un intervento di Paolo Grossi.

(2) *Intersezione tra discipline diverse in occasione della ristampa del volume di Paolo Grossi* — Trento, 16-17 novembre 2017. La Ristampa (P. GROSSI, “Un altro modo di possedere” — *L’emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria* — Ristampa anastatica [dell’edizione del 1977, quinto volume della *Biblioteca per la storia del pensiero giuridico moderno*] con integrazioni, Milano, Giuffrè, 2017), preceduta da una breve *Presentazione* di Pietro Nervi (*L’attualità di “Un altro modo di possedere”*), comprende in Appendice anche i seguenti scritti di Grossi: *‘Un altro modo di possedere’ rivisitato* (2007); *La proprietà collettiva e le sue dimensioni ambientale e sociale* (2008); *‘Usi civici’: una storia vivente* (2008); *Gli assesti fondiari collettivi, oggi: poche (ma ferme) conclusioni* (2017).

1. I due convegni testimoniano più *incontri* sostenuti dalle parole di *'Un altro modo di possedere'*: valorizzazione di autonomia e pluralismo oltre i coartanti riduzionismi imposti dall'assolutezza della proprietà individuale; recupero della dimensione comunitaria e collettiva; riconoscimento di fonti del diritto nate dal basso, della ricchezza di usi locali sopravvissuti a quasi due secoli di politiche liquidatorie. La comprensione storica della « emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria », colta seguendo il vasto dibattito ottocentesco *sulle proprietà* ha offerto nel corso di quarant'anni, muovendo dal libro e andando oltre il libro, una costante sfida alla scienza giuridica e un ancoraggio culturale per il « salvataggio » degli assetti fondiari collettivi. La necessità di comprendere ⁽³⁾, di recuperare (« recupero della storicità », « recupero della complessità ») è divenuta parte essenziale di *costruzioni* che non si sono poste come astratte rivendicazioni di *diversità*, ma come riconoscimento e difesa di una « storia vivente ».

Inserito a metà di un trentennio di studi dedicati al rapporto tra uomo e cose, il libro mette a fuoco un « canale carsico » e « modesto » (un assetto « modesto — precisa Grossi — perché espressione della prassi agraria e silvo-pastorale, pervicacemente difeso dalle popolazioni rustiche, imperniato su una diversa visione del rapporto uomo/terra » ⁽⁴⁾) capace di mostrare « valori perfettamente capovolti » rispetto alla dimensione 'sacrale' della proprietà individuale: « il primato della comunità sul singolo e il primato della cosa (di ciò che noi oggi chiamiamo ambiente) sul soggetto umano » ⁽⁵⁾. Iscritto nella stessa *comprensione storica* proposta dal libro, l'*incontro* con gli assetti fondiari collettivi è nato dalla realtà delle cose, traducendosi in un fitto dialogo caratterizzato da convegni e conferenze, collaborazioni « spesso richieste da assetti di proprietà collettive che chiedevano allo storico del

⁽³⁾ Le parole con cui Grossi tratteggia un libro che gli è caro (*La connaissance historique* di Marrou) credo possano essere perfettamente adatte a *'Un altro modo di possedere'*: « Al fondo del libro [v'è] il disegno dei tratti distintivi dello storico: né un collezionista di cocci antichi, né un imbalsamatore di cadaveri, ma un uomo del presente che cerca di fare suo il passato: *comprendere*, ossia secondo l'etimo latino, afferrare, ma non per annientare o distruggere, bensì per porlo in stringente dialettica con la propria contemporaneità, esaltando nel confronto le tipicità dell'ieri e dell'oggi, con la ulteriore conseguenza di rispettare l'ieri e arricchire l'esperienza necessariamente monca dell'oggi ». P. GROSSI, *Uno storico del diritto alla ricerca di se stesso*, Bologna, il Mulino, 2008, p. 33.

⁽⁴⁾ Ivi, p. 85; si cfr. p. 81 e ss. per una collocazione del libro nel trentennio di studi dedicati al rapporto uomo/cose. Ma si cfr. anche P. GROSSI, *Un altro modo di possedere*: quaranta anni dopo, in « Rivista di storia del diritto italiano », 91 (2018), pp. 81-88.

⁽⁵⁾ GROSSI, *Uno storico del diritto alla ricerca di se stesso*, cit., pp. 85-86.

diritto la tutela della sua competenza scientifica contro le prevaricazioni di poteri pubblici e privati perennemente in agguato » (6). Ed è proprio lamentando l'assenza di comprensione nei confronti del 'diverso' che Grossi si è confrontato con « l'ufficialità giuridica » (7), invitandola a cogliere la complessità dei rapporti tra i soggetti (singoli e comunità) e la terra senza ricostruzioni rigide e artificiose: « si tratta di cogliere e salutare nel diverso un prezioso salvataggio, che consente di rompere in breccia sordità, chiusure, immobilismi e di recuperare quella dialettica che è il solo binario sul quale quella storia vivente che è la società può procedere seminando germi del futuro e costruendo se stessa in un processo continuamente rinnovantesi » (8).

2. Gli *Atti* curati da Fabrizio Marinelli e Fabrizio Politi intrecciano strettamente i due profili, seguendo le sfide, gli incontri, i dialoghi avviati dal libro per attribuire agli assetti fondiari collettivi, alla proprietà collettiva e comunitaria, la « medesima dignità » del paradigma 'ufficiale' della proprietà individuale di stampo romanistico e liberale.

È proprio sul rovesciamento di paradigma promosso dal libro che richiama l'attenzione Marinelli: attribuire la *medesima dignità* alle « altre forme di proprietà », ad assetti nati dal basso, non da un titolo ma da un fatto, significa negare la fissità del rapporto tra regola generale ed eccezione che degrada e annienta ogni diversità; e significa al tempo stesso poter cogliere la proprietà come istituzione di una comunità che si dota di regole, che disciplina « l'utilizzo sostenibile del bosco e del pascolo », che « costruisce nel tempo la propria identità » considerando l'ininterrotto rapporto tra gli avi e le future generazioni (9). Un capovolgimento di prospettiva che — nell'orizzonte dell'agrarista Adornato — si mostra quarant'anni dopo particolarmente stimolante per cogliere le trasformazioni del presente, prima fra tutte il superamento degli schemi rigidi che « avevano oscurato i fenomeni plurali dell'agricoltura » e la conseguente rivalutazione di un paesaggio giuridico plurale (« plurale anche nelle figure soggettive ») con l'avvio di « un processo che, contrariamente al passato, va dal basso verso l'alto e rende protagoniste del proprio sviluppo le comunità locali, valorizzando il principio costituzionale della sussidiarietà » (10).

(6) Ivi, p. 86.

(7) Così, ad esempio, nel 2008: GROSSI, *'Usi civici'. Una storia vivente* [ora nell'appendice alla citata Ristampa, p. 417].

(8) GROSSI, *'Un altro modo di possedere' rivisitato* (2007), ora in appendice alla Ristampa, p. 399 e ss., p. 404.

(9) F. MARINELLI, *La proprietà come istituzione. "Un altro modo di possedere" quarant'anni dopo*, in *Atti*, pp. 13 e 18.

(10) F. ADORNATO, *A quarant'anni da "Un altro modo di possedere": l'orizzonte di un agrarista*, in *Atti*, pp. 43; 46.

La sfida lanciata da *'Un altro modo di possedere'* è colta da Fabrizio Politi seguendo i profili costituzionali e l'influenza metodologica del libro, visto come esempio paradigmatico del programma enunciato da Grossi nella prima pagina introduttiva dei *Quaderni fiorentini*. La valorizzazione della diversità — la visione plurale, l'invito costante alla comprensione storica, il recupero della complessità, la negazione di antistoriche assolutizzazioni — ha offerto uno « strumento di demistificazione delle teorie dogmatiche » e una salutare scossa nei confronti del giurista-interprete, invitato a gettare ponti tra storia e diritto, a prestare attenzione alle sfere di autonomia non solo del singolo ma anche delle comunità ⁽¹¹⁾. La sfida ricostruttiva è stata raccolta appieno da Cerulli Irelli nella sua opera di sistematizzazione *delle proprietà*, di forme di proprietà collettive non disponibili, fondate su vincoli di appartenenza nati « in virtù di *fatti* di apprensione originaria » oppure « di *atti* sovrani o feudali di concessione ». Il dato giuridicamente rilevante è che il soggetto — che del bene si appropria o che del bene riceve il possesso — è una comunità; sono quelle comunità 'sopravvissute' a quasi due secoli di politiche abolitrici, liquidatorie, e « di recente riordinate e valorizzate » scomponendo e andando oltre la rigida distinzione fra proprietà pubblica e privata ⁽¹²⁾.

3. Alla fine degli anni settanta *'Un altro modo di possedere'* rompeva tranquillizzanti simmetrie, mettendo in discussione sinonimie (prima fra tutte quella fra pubblico e statale) e dicotomie (prima fra tutte quella fra pubblico e privato) date come acquisite e sollecitando « la coscienza critica dei giuristi verso elaborazioni concettuali rigorose, anche se non conformistiche » ⁽¹³⁾. Si presentava come un libro affascinante ma scandaloso, non solo per la sua carica antiformalistica ma anche per il suo impianto anti-autoritario ⁽¹⁴⁾.

⁽¹¹⁾ F. POLITI, *L'influenza del volume. "Un altro modo di possedere" nella contemporanea dottrina costituzionalistica*, in *Atti*, p. 21 e ss.; pp. 26; 34.

⁽¹²⁾ V. CERULLI IRELLI, *Proprietà collettive, demani civici ed usi civici*, in *Atti*, p. 65 e ss. Il testo riprende e sviluppa un saggio pubblicato nei « Quaderni fiorentini » del 2016 (*Apprendere per "laudo". Saggio sulla proprietà collettiva*), ma il dialogo di Cerulli Irelli con *'Un altro modo di possedere'* si era aperto già all'inizio degli anni ottanta con il volume *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, Cedam, 1983.

⁽¹³⁾ A. DE NITTO, *Contro le simmetrie*, in *Atti*, p. 59 e ss.; pp. 63 e 64.

⁽¹⁴⁾ « [...] con quel suo costante richiamo a un ordine giuridico complesso, con quel suo insistere su un diritto vivente calpestato dal potere ma difeso accanitamente dalle popolazioni, con quel messaggio forte che il potere non è in grado di esprimere tutto l'ordinamento della convivenza, il libro veniva a manifestare — certamente fra le righe, ma palesemente nel disegno del suo impianto — una carica spiccatamente anti-autoritaria ». P. GROSSI, *'Un altro modo di possedere' quarant'anni dopo (Un ritorno dell'autore)*, in *Atti*, p. 119.

Carlo Alberto Graziani s'interroga proprio sulle diverse 'fasi' del fascino esercitato nel tempo dal libro ⁽¹⁵⁾ e sull'*impronta* lasciata nella riflessione della civilistica, rilevando in questo caso incomprensioni dello « 'scardinamento' della nozione della proprietà dal soggetto » e persistenti mancanze di attenzione allo « statuto della cosa », alla « terra ». Oltre il fronte ambientale, un pieno spostamento dell'angolo visuale è oggi essenziale — afferma Graziani — per affrontare il tema dei 'beni comuni', per fissare nessi virtuosi fra bene collettivo e bene comune, tra assetti fondiari collettivi e beni comuni ⁽¹⁶⁾.

Sulla possibilità di instaurare un dialogo fecondo tra il libro e il tema dei 'beni comuni' si sono levate, però, da più parti forti perplessità. La citazione d'obbligo di *'Un altro modo di possedere'* nei contributi dedicati al tema dei 'beni comuni' distorce il messaggio del libro, strumentalizza gli assetti fondiari collettivi, offrendo semplicemente una « facile e suadente » categoria generica e indeterminata ⁽¹⁷⁾. Paolo Grossi condivide le perplessità: il sintagma 'beni comuni' « rivela la vacuità d'un fuoco d'artificio », è categoria « tanto slabbrata da ricomprendere al suo interno terra, acqua, aria, cultura e chi più ne ha più ne metta » ⁽¹⁸⁾.

Non si tratta, certo, di negare nuove sfide — i libri, si sa, vivono sempre una loro vita 'autonoma' — ma di tener ferma « la storicità e la concretezza » dell'*incontro* lungo quarant'anni tra un libro e la storia vivente degli assetti fondiari collettivi.

GIOVANNI CAZZETTA

⁽¹⁵⁾ C.A. GRAZIANI, *L'impronta*, in *Atti*, p. 47 e ss. L'A. propone preliminarmente una divisione in 'tre fasi' della fortuna del libro che ha il merito di « farci entrare all'interno degli assetti fondiari collettivi », legando il fascino del libro al *richiamo alla terra, alla scoperta della natura, all'utopia del bene comune*. Se il colloquio con le prime due dimensioni è indubbio e denso di spunti ricostruttivi, pieno di fraintendimenti appare invece il 'fascino' esercitato dal libro in tema di beni comuni, come da più parti si fa rilevare nel corso del convegno. Nessi con il tema 'ambientale' sono ampiamente presenti nella relazione di P. NERVI, *'Un altro modo di possedere' fra conservazione al meglio e valorizzazione del demanio civico*, in *Atti*, pp. 99-111; sul tema si cfr. P. GROSSI, *La proprietà collettiva e le sue dimensioni ambientale e sociale* (2007), ora nell'appendice alla Ristampa, p. 409 e ss.; in particolare pp. 414-415.

⁽¹⁶⁾ GRAZIANI, *L'impronta*, p. 52 e ss.; pp. 56-58.

⁽¹⁷⁾ Si vedano in proposito le puntuali considerazioni di R. VOLANTE, *Riflessioni di uno storico del diritto su 'Un altro modo di possedere'*, in *Atti*, p. 91 e ss., pp. 96-97.

⁽¹⁸⁾ GROSSI, *'Un altro modo di possedere' quarant'anni dopo*, in *Atti*, p. 121.

A proposito di...

EMANUELE CASTRUCCI

DIE RECHTSTHEORETISCHEN ANFÄNGE
DES DEZISIONISMUS

Rechtsverwirklichung und Entscheidungsrichtigkeit durch die
Praxis in Carl Schmitts *Gesetz und Urteil* (1912)

1. *Entschiedensein*, oder wenn der Entscheidungswille wichtiger als der Entscheidungsinhalt ist. — 2. Der Textaufbau.

1. *Entschiedensein, oder wenn der Entscheidungswille wichtiger als der Entscheidungsinhalt ist.*

Manchmal erscheinen in den Frühwerken eines Autors, in denen die Entwicklung seines Denkens erst am Anfang steht, seine Intuitionen in einer reineren Form, die dazu verurteilt ist, sich mit der Zeit abzuschwächen. Die späteren Werke können nämlich die Gefahr laufen, die Klarheit zu verlieren, die für das Denken in seiner anfänglichen Phase kennzeichnend ist, indem sie Abstand von der ursprünglichen Intuition nehmen und sich endgültig in ein komplexer gegliedertes Ganze von Begriffen und Ideen einfügen.

Man kann sicher nicht behaupten, daß dies auch bei Carl Schmitts Werke der Fall wäre. Dennoch stellt sich das Problem bezüglich der Art, auf die sich die anfänglichen Intuitionen eines Autors nach und nach formen, auch hinsichtlich der Schmittschen Schriften der Zehner Jahren. Hier tauchen zum ersten Mal einige grundlegende Themen auf, die ihren endgültigen Ausdruck in den viel bekannteren Werken der Zwanziger und Dreißiger Jahre finden werden. Insbesondere im Essay *Gesetz und Urteil* von 1912 ⁽¹⁾ erscheint zum ersten Mal

⁽¹⁾ Das Buch *Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis* (Berlin, 1912, unveränderte 2. Auflage München, 1969 = GU) hat Schmitt während seiner Zeit als Gerichtsreferendar in Düsseldorf geschrieben und stellt seine zweite Monographie der Zehner Jahre dar, da sie chronologisch seiner strafrechtlichen Dissertation folgte (*Über Schuld und Schuldarten. Eine terminologische Untersuchung*, Breslau, 1910) und unmittelbar vor *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen* (Tübingen, 1914) herauskam. Zeitgleich behandelte Schmitt in anderen

sozusagen die eigentliche Urzelle des Schmittschen Denkens, d. h. die Idee der Entscheidung.

In dieser Abhandlung geht der junge Schmitt von folgender Intuition aus: Es ist ein Fehler zu glauben, daß dank eines formalisierbaren Verfahrens die normativen Inhalte eines Gesetzestextes grundsätzlich unverändert wieder im Urteil vorkommen können, in dem typischerweise die konkrete Bestimmung des Rechts erfolgt. Sowohl in der Abfolge, die zur richterlichen Konkretisierung des einzelnen normativen Inhalts führt, als auch in derjenigen, die im Rahmen der gesamten Rechtsordnung einen normativen Inhalt an den anderen knüpft, erlebt man nämlich das Auftreten bedeutender Diskontinuitätszeichen, wahrer Brüche, die Ausdruck des reinen Entscheidungselements in seiner tendentiellen Selbständigkeit sind. Die in ihrer Reinheit als abstraktes *Entschiedensein* ⁽²⁾ aufgefasste Entscheidungshandlung erscheint so von einer unaufhebbarer Willkür gekennzeichnet, die den linearen juristischen Gedankengang unterbricht, wobei sie sich (wohl in verschiedenen Intensitätsstufen) in jeder konkreten Bestimmung des Rechts und in jeder einzelnen Phase der Rechtsprechung zeigt.

Das Problem gewinnt an allgemeiner theoretischer Bedeutung in der These der Zentralität, die nach dieser Auffassung dem Moment der

kürzeren, doch theoretisch nicht minder interessanten Schriften, Themen, die sich ins Zentrum des ‚expressionistischen‘ kulturellen Klimas vom Anfang des Zwanzigsten Jahrhunderts in Deutschland stellten: u. a. Schopenhauers Rechtsphilosophie, das Problem der ‚rechtlichen Fiktion‘ im Lichte von Vaihingers Philosophie vom ‚so als ob‘, die Bedeutung von Theodor Däublers Poetik. Die rege und differenzierte wissenschaftliche Produktion von Schmitt in den ersten zwanzig Jahren des Zwanzigsten Jahrhunderts endet mit der Monographie *Politische Romantik* (München-Leipzig, 1919). Kurz darauf erschien dann die erste Ausgabe der Abhandlung über die Diktatur (*Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsbegriffs bis zum proletarischen Klassenkampf*, München-Leipzig, 1921).

(2) Bezüglich dieser « abstrakten Bedeutung », wie Schmitt sie definiert, die auf das reine « Festgestelltsein », oder « Entchiedensein » verweist, « tritt eine Funktion der Rechtsordnung für die Betrachtung in den Vordergrund, die in ihrem Zusammenhange mit der richterlichen Entscheidung [...] nur von Hegel einer besonderen Beachtung gewürdigt ist: Das Recht läßt sich von der Seite betrachten, daß seine Bedeutung darin liegt, überhaupt eine Regelung zu geben » (S. 49 f.). Dies, immer nach Schmitt, weil « es zahlreiche Rechtsbestimmungen [gibt], in deren Natur, wie Savigny sich ausdrückt, eine ‚relative Gleichgültigkeit‘ liegt, deren Inhalt außer allen Erwägungen des Rechtsgefühls oder der distributiven Gerechtigkeit steht und dessen Wahl vielleicht einem zufälligen Mechanismus überlassen wurde » (S. 48 f.). Auf diese Aspekte geht Schmitt insbesondere im dritten Kapitel von *GU* ein, das dem Prinzip der *Rechtsbestimmtheit* gewidmet ist. Meiner Ansicht nach stellt dieses Thema jedoch das eigentliche Leitmotiv des Buchs dar.

Rechtsverwirklichung eingeräumt wird. Dies wird als Moment verstanden, in dem der Entscheidungsfaktor mit größter Kraft und Offensichtlichkeit den normativen Inhalt beeinflusst. Zum Verständnis dieser Jugendschrift Schmitts sollte man das lesen, was er selber etwa zehn Jahre später im wichtigen Vorwort zu *Die Diktatur* schrieb:

Der Rechtswert der Entscheidung als solcher, unabhängig von ihrem materiellen Gerechtigkeitsinhalt, ist bereits 1912 in der Abhandlung *Gesetz und Urteil* zur Grundlage einer Untersuchung der Rechtspraxis gemacht worden; dabei wurde besonders auf Bentham hingewiesen, dessen Lehre von der Rechtsbestimmtheit durch Austins Souveränitätsbegriff unmittelbar für die Staatslehre wichtig geworden ist. [...] Die Weiterführung dieses Gedankens ergab den Gegensatz von Rechtsnorm und Rechtsverwirklichungsnorm [...]. Daher lag es nahe, den kritischen Begriff der Rechtsverwirklichung, also die Diktatur, gesondert zu betrachten und durch eine Darstellung ihrer Entwicklung in der modernen Staatslehre zu zeigen, daß es unmöglich ist, sie, wie bisher, nur gelegentlich einzelner Verfassungskämpfe ad hoc zu behandeln und im übrigen prinzipiell zu ignorieren ⁽³⁾.

Gesetz und Urteil stellt also schon in Schmitts Selbstverständnis jenen Text dar, in dem zum ersten Mal eine Lösung vom Verhältnis zwischen Entscheidung und Norm ausdrücklich versucht wird und zwar vom Problem der Rechtsverwirklichung ausgehend, wobei man sich auf die von vornherein als bedeutend angesehene theoretische Unterscheidung zwischen/Gegenüberstellung von Rechtsnorm und Rechtsverwirklichungsnorm stützt. Immer noch laut Schmitt soll das Problem von einer bestimmtem theoretischen These ausgehen, die als Beispiel aus dem Kontext des allgemeinen öffentlichen Rechts zu entnehmen sei, und zwar von folgender:

Daß jede Diktatur die Ausnahme von einer Norm enthält, besagt nicht zufällige Negation einer beliebigen Norm. Die innere Dialektik des Begriffes liegt darin, daß gerade die Norm negiert wird, deren Herrschaft durch die Diktatur in der geschichtlich-politischen Wirklichkeit gesichert werden soll. Zwischen der Herrschaft der zu verwirklichenden Norm und der Methode ihrer Verwirklichung kann also ein Gegensatz bestehen. [...] Rechtsphilosophisch liegt hier das Wesen der Diktatur, nämlich in der allgemeinen Möglichkeit einer Trennung von Normen des Rechts und Normen der Rechtsverwirklichung ⁽⁴⁾.

Da können wir Folgendes beobachten:

a) Das Schema der Rechtsverwirklichungsnorm kann fast die

⁽³⁾ *Die Diktatur*, a.a.O., S. XIX f. (eigene Hervorhebung).

⁽⁴⁾ A.a.O., S. XVI (eigene Hervorhebung).

Gesamtheit der Rechtsfälle beschreiben ⁽⁵⁾. Denn fast immer (nur mit Ausnahme der technischen Normen vielleicht) hat man mit einem von einer Primärnorm ausgedrückten Wertinhalt zu tun, der durch Überwindung bestimmter geschichtlicher Hindernisse verwirklicht/konkretisiert werden soll ⁽⁶⁾. Der Zweck vom Erreichen einer politischen Ordnung, sowie der Zweck der Konkretisierung der allgemeinen Norm im Einzelfall behaupten sich nämlich nicht sofort quasi durch eigene Kraft, sondern bedürfen eines sekundären Schemas, von dem sie dann abhängen ⁽⁷⁾.

b) Dieses sekundäre Schema — das im Falle der kommissarischen Diktatur von einer außerordentlichen Richterschaft verkörpert ist, die eigens zur Realisierung eines bestimmten Zweckes eingesetzt wird — besteht in einem dezisionistischen Verwirklichungsmechanismus eines bestimmten Wertinhalts, der sich andernfalls nicht alleine in der ordentlichen Rechtserfahrung hätte behaupten können, da diese ausschließlich den ‚Normalzustand‘ der Norm vorsieht. Dieser Mechanismus wird, im Falle der kommissarischen Diktatur, die Rechtsform suspendieren (d. h.: die Form, die das Recht im ‚Normalzustand‘ annehmen würde) um den Wertinhalt (d. h.: die zivile Ordnung) zu verwirklichen. Analog dazu wird das in jeder Entscheidung vorhandene aleatorische Moment im Falle des Urteils, das während eines Prozesses gefällt wird, eine grundsätzlich sehr weitbegriffene Urteilsfreiheit erlau-

⁽⁵⁾ Für Schmitt ist ein gemeinsames Merkmal der meisten normativen Bestimmungen, daß es für sie « an jeder inhaltlichen Bestimmtheit [fehlt], sei es, weil die Materie solchen außergesetzlichen Elementen fremd ist [...], sei es, weil im besondern die Unbestimmtheit solcher Elemente eine Antwort versagt [...]. Diese Fälle machen eine wichtige Erscheinung des Rechtslebens deutlich: daß es häufig nicht so sehr auf die Art und Weise der Regelung, als auf eine Regelung überhaupt ankommt », (S. 48). Und er fügt folgende erklärende Beobachtung hinzu: « von ganz seltenen Ausnahmen abgesehen, enthält jedes Gesetz ein solches Moment, das ein Zivilist vielleicht als aleatorisches bezeichnen würde: bis zu einem gewissen Grade ist es immer notwendiger, daß ein bestimmter Inhalt Gesetz ist » (vgl. S. 52, eigene Hervorhebung).

⁽⁶⁾ Dies unterstreicht die wichtige Monographie von K. ENGISCH, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, Heidelberg, 1968² (mit ausdrücklichem Verweis auf die Thesen von GU auf S. 187).

⁽⁷⁾ Dieser Begriff wird eine explizite theoretische Formulierung in der ersten *Politischen Theologie* finden: « Die Rechtsform wird beherrscht von der Rechtsidee und der Notwendigkeit, einen Rechtsgedanken auf einen konkreten Tatbestand anzuwenden, das heißt von der Rechtsverwirklichung im weitesten Sinne. Weil die Rechtsidee sich nicht selbst verwirklichen kann, bedarf es zu jeder Umsetzung in die Wirklichkeit einer besonderen Gestaltung und Formung » (*Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, München-Leipzig, 1922, S. 39, eigene Hervorhebung).

ben, die ihre Grenze allein in der notwendigen Berücksichtigung einer allgemeinen Rechtspraxis finden wird ⁽⁸⁾.

Daß die tiefe Einheitlichkeit der Schmittschen dezisionistischen Annahme mit größter Klarheit gerade in Frühwerken wie *Gesetz und Urteil* erscheint, einer Abhandlung, die — wie Schmitt selbst bemerkt — « den ursprünglichen Sinn des Urteilens und Entscheidens unmittelbar evident macht » und « etwas von der Einfachheit des Anfangs behält » ⁽⁹⁾, ist übrigens auch in den bitteren Gedanken deutlich, die in der Vorbemerkung zur zweiten Ausgabe des Buchs vom Oktober 1968 zu lesen sind. Es handelt sich hierbei um eine ‚mit Abstand‘ (über ein halbes Jahrhundert nach der ersten Ausgabe) geschriebenen Vorbemerkung, in der Schmitt den Leser vorsichtshalber vor den blinden Angriffen warnt, die seine Entscheidungslehre nach und nach erleiden musste ⁽¹⁰⁾. Schmitt glaubt, daß seine Gegner die Einheitlichkeit der ursprünglichen Entscheidungseinsicht unterbrechen und die in der Entscheidungsidee impliziten logischen und politischen Entwicklungen vermeiden wollten. Deswegen hätten sie seine Lehre künstlich in zwei Teile gespalten, die allem Anschein nach keine Verbindung vorweisen und als ‚große‘ und ‚kleine‘ Entscheidung bezeichnet wurden ⁽¹¹⁾. Im Lichte dieser gewollten *deminutio* würde die Entscheidung im Rahmen der richterlichen Praxis (‚kleine‘ Entscheidung) jede weitere theoretische Bedeutung verlieren und auf die banale Erkenntnis der unver-

⁽⁸⁾ Die Grenze ließe sich im Prinzip ausdrücken, « so zu entscheiden, wie in der gegenwärtigen Praxis überhaupt entschieden worden wäre », wie von Schmitt schon im Vorwort angedeutet und dann in den gesamten Kapiteln III und IV eingehend erklärt wird (s. u.).

⁽⁹⁾ So Schmitt in der Anmerkung von 1968, die bezeichnender Weise am Anfang der neuen Ausgabe von *GU* gestellt wurde (vgl. S. V).

⁽¹⁰⁾ « Die Abhandlung *Gesetz und Urteil* vom Jahre 1912 betrifft die richterliche Entscheidung und ihre Eigenständigkeit gegenüber der Norm, auf deren materiell-rechtlichen Inhalt sie sich zu ihrer Begründung beruft. [...] Der Gedanke der Eigenständigkeit der Entscheidung hatte aber auch staatsrechtliche Konsequenzen. Er führte zu einer Definition der staatlichen Souveränität als politischer Entscheidung und zu der Erkenntnis, daß die Diktatur der Schluß der Diskussion ist. In einer heftigen Polemik gegen diese Einsicht hat man die Dezision zu einem phantastischen Willkür-Akt, den Dezisionismus zu einer gefährlichen Weltanschauung und das Wert *Dezision* zu einem Schimpf- und Schlagwort entstellt » (a.a.O., S. V).

⁽¹¹⁾ Vgl. P.P. PORTINARO, *Che cos'è il decisionismo?*, in « Rivista internazionale di filosofia del diritto », LIV (1982), S. 247-267, der von dieser Rekonstruktion des Themas nicht abweicht. Einige Zweifel hat darüber allerdings schon M. Fioravanti geäußert. Siehe seinen Aufsatz *Kelsen, Schmitt e la tradizione giuridica dell'Ottocento*, in *Crisi istituzionale e teoria dello Stato in Germania dopo la Prima guerra mondiale*, G. Gozzi, P. Schiera (Hrsg.), Bologna, 1986, S. 74, Anm. 40.

meidbaren Willkürlichkeit, die jedes Entscheidungsmoment charakterisiert, hinauslaufen. Was dann die ‚große‘ Entscheidung betrifft, wäre diese dazu verdammt, Opfer einer vornehmlich ideologischen Kritik zu werden, die sie an den historischen Ausgängen der Diktaturidee festnageln will, die in einer Demokratie als gefährlich und inakzeptabel gesehen werden.

Der Vorschlag einiger Interpreten zwischen der kleinen und der großen Entscheidung zu unterscheiden und diese voneinander zu trennen, gehört zu einer gewissen Schwächungsstrategie der Schmittschen Entscheidungseinsicht, die bereits 1912 genau erkannt wurde. Diese Strategie verfolgt sehr eindeutig die Hervorhebung der These der Autonomie der richterlichen Praxis und führt das Richtigkeitskriterium der ‚kleinen‘ Entscheidung auf das Postulat der richterlichen Bestimmtheit zurück⁽¹²⁾. Anhand dieser wesentlichen theoretischen Angaben erscheint es nun angebracht, den von Schmitt in *Gesetz und Urteil* angewandten argumentativen Gedankengang näher zu betrachten.

2. *Der Textaufbau.*

Der Text ist in vier kurzen, miteinander logisch verknüpften Kapiteln gegliedert, die je einem besonderem Thema gewidmet sind. Im ersten Kapitel wird das Problem im Allgemeinen dargelegt und eine Kritik der traditionellen Rechtsmethodologie angesetzt; das zweite Kapitel setzt sich folgerichtig mit den Begriffen vom Willen des Gesetzgebers und vom Willen des Gesetzes auseinander; im dritten Kapitel wird im Prinzip der Rechtsbestimmtheit das Postulat erkannt, von dem aus ein solides Kriterium für die Bewertung von richterlichen Entscheidungen gefunden werden kann; dieses Kriterium wird dann im letzten Kapitel weiter ausgearbeitet und in der Formel des sogenannten ‚anderen Richter‘ zusammengefaßt, d. h. in der Anweisung für den Richter so zu entscheiden, wie man vernünftig annehmen sollte, daß ein anderer Richter entschieden hätte.

Stellen also die ersten zwei Kapitel die *Pars destruens* des Buchs dar, in der die Methodologien und die ideologischen Modalitäten der Bildung vom Willen des Gesetzgebers und des Gesetzes einer strengen Kritik unterzogen werden, hat man in den anderen zwei Kapiteln die *Pars construens*, in der man sich die besonders anspruchsvolle Aufgabe vornimmt, einen detaillierten rechtswissenschaftlichen Entwurf zu erarbeiten.

Ausgangspunkt des ersten Kapitels sind einige synthetische aber wesentliche Überlegungen zu den offensichtlichen Mängeln der tradi-

(12) Rechtsbestimmtheit im Sinne der von Engisch stammenden ‚Konkretisierung‘ des Rechts selbst (s. o. Anm. 6).

tionellen Interpretationsmethodologie. Schmitt untersucht zunächst die für diese Methodologie charakteristische Hypothese der sogenannten Rechtsvorschriften über die Auslegung. Hierbei zeigt er wie das positive Recht in den unterschiedlichen in den Gesetzbüchern vorgesehenen Paragraphen keine überzeugende Antwort auf die Forderung nach klaren Entscheidungskriterien liefern kann. Gemeint sind in der Praxis anwendbare Kriterien, die im Stande wären, die Entscheidung zu leiten und deren Richtigkeit zu bewirken. Eine solche Antwort ist in den Paragraphen des positiven Rechts, auf die Schmitt ausdrücklich verweist, wahrlich nicht enthalten ⁽¹³⁾ — nicht zuletzt weil das höchste Kriterium der Rechtmäßigkeit, auf das sich im Wesentlichen die Artikel über die Auslegung berufen, als solches « ein ungeeignetes Kriterium der Richtigkeit einer Entscheidung » ist (S. 36). Das juristische Material, das man zur Grundlegung einer Entscheidung benutzt, — fügt Schmitt hinzu — sei niemals dasjenige, das von den formalen Regeln angegeben wird, die aus dem positiven Recht entnommen werden können: « Das in der Praxis als geltend anzunehmende Merkmal der Richtigkeit einer Entscheidung und das, was die juristische Verarbeitung des Rechtsstoffes als ‚geltendes Recht‘ herausarbeitet, stehen sich als zwei Geltungen gegenüber » (S. 4). Dies ist eine auch später im Text wiederkehrende These, die dann in Polemik mit dem Kelsenismus weiterentwickelt wird ⁽¹⁴⁾.

⁽¹³⁾ Es handelt sich um § 565 der deutschen Zivilprozessordnung und um § 1 des Gesetzes über die Rechtsordnung, auf die man auf S. 15 und ff. eingeht. Es sei bemerkt, daß Art. 3 des damaligen italienischen Zivilgesetzbuchs nur als negatives Beispiel erwähnt wird, denn es handle sich um eine Anordnung, die offensichtlich keinerlei Klärung bei der Interpretation bieten würde (vgl. S. 18, Anm. 8).

⁽¹⁴⁾ Es sei hier daran erinnert, daß 1911, d. h. nur ein Jahr vor Erscheinen von *GU*, in Tübingen die erste Ausgabe des grundlegenden Werks von Hans Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz*, veröffentlicht wurde. Dieses Buch setzte ein tiefes Zeichen in der ersten Phase der wissenschaftlichen Arbeit des Prager Juristen und wird von Schmitt in der eigenen Abhandlung ausdrücklich berücksichtigt, indem er diesbezüglich einige wichtige kritische Ansatzpunkte darlegt (vgl. *GU*, Kap. III, S. 59 ff.). Vgl. FIORAVANTI, a.a.O., S. 51-103, und davor schon H. HOFMANN, *Legitimität gegen Legalität. Der Weg der politischen Philosophie Carl Schmitts* (1964), Berlin, 1992², insbes. Kap. I, § 3 und Kap. II, § 1. Wie richtig bemerkt wurde, richtet sich die Schmittsche Kritik insbesondere gegen « die vom Kelsenschen Positivismus vorgeschlagene Lösung, die das Kriterium der Richtigkeit der Entscheidung in der korrekten Anwendung des positiven Gesetzes sieht. So wird die richterliche Entscheidung zu einer einfachen Interpretation eines Faktus und zu einer Subsumierung eines Einzelfalles unter ein allgemeines Gesetz reduziert » (M. NICOLETTI, *Trascendenza e potere. La teologia politica di Carl Schmitt*, Brescia, 1990, S. 24). Vgl. auch neulich V. NEUMANN, *Carl Schmitt als Jurist*, Tübingen, 2015, bes. S. 16-54. Im Allgemeinen kann

Im Kapitel folgt eine kurze aber pointierte Kritik der psychologischen Methode. Genannt werden hier die wesentlichen Schwächen der Suche nach einem angeblichen ‚Willen‘ des Gesetzgebers und vorher noch die unvermeidlichen Mängel jedes Versuchs einer Rekonstruktion der psychologischen Mechanismen bei der Entscheidungsbildung⁽¹⁵⁾. Die Kriterien, die man von dieser Art psychologischer Überlegungen ableiten will, sind für Schmitt nicht einschlägig und umso weniger tragen sie zur Bestimmung der Richtigkeit der Entscheidung bei (S. 24). « Die Begründung des Urteils ist mit der kausalen psychologischen Erklärung des Urteilens nicht zu verwechseln » (S. 18). Schmitt bestreitet hier schließlich, daß diese psychologischen Umstände im allgemeinen ausschlaggebend für die Bekräftigung einer gewissen Entscheidungsbegründung seien: « eine experimental-psychologische Untersuchung der Vorgänge in der Seele des Richters kann nichts darüber ergeben, wann sein Urteil als juristisch richtig zu betrachten ist » (S. 19).

Die Kritik der psychologischen Methode lenkt die Diskussion sofort auf den Begriff des Willens, dessen problematischen Charakter offensichtlich ist. So ist das zweite Kapitel gänzlich dem minutiösen Abbau der Idee vom ‚Willen des Gesetzgebers‘ und der vom ‚Willen des Gesetzes‘ gewidmet, wobei letztere Idee von der ersteren ‚nachgebildet‘ ist⁽¹⁶⁾. In diesem Kapitel werden in knapper Zusammenfassung einige von den bekanntesten Interpretationstechniken der traditionellen Methodologie dargelegt, die auf die sogenannte Methode der ‚geschichtlichen‘ (im Gegensatz zu der ‚evolutiven‘) Rekonstruktion zurückgeführt werden können und zwar in ihrer zweifachen — ‚subjektiven‘ und ‚objektiven‘ — Version: die erstere auf die Rekonstruktion vom Willen des empirischen und konkreten Gesetzgebers⁽¹⁷⁾ und die letztere auf die Rekonstruktion der im Text des Gesetzes objektivierten Bedeutung selbst (bzw. auf die Bedeutung des normativen Dokuments) zielend.

man mit O. Beaud sagen, daß man Schmitts Frühwerke ‚étudier en juriste‘ soll, um die theoretischen Voraussetzungen richtig zu verstehen, von denen er ausgeht (*Diritto naturale e diritto positivo negli scritti giuridici giovanili di Carl Schmitt*, in « Diritto e cultura », 1 (1995), S. 85).

⁽¹⁵⁾ So auf S. 24 ff.

⁽¹⁶⁾ « Die neue Wendung ‚Wille des Gesetzes‘ ist vom ‚Willen des Gesetzgebers‘ nachgebildet » (S. 27).

⁽¹⁷⁾ « Eine richterliche Entscheidung ist dann richtig, wenn sie vom Gesetzgeber im positiven Recht vorgesehen ist » (S. 22). In diesem Sinn hätte man « den realen Willen des Gesetzverfassers, oder aber des empirischen konkreten Gesetzgebers » verstehen sollen (S. 23). Vgl. K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin-Heidelberg-New York, 1983⁵.

Von der traditionellen Pandektistik ausgehend, fand die früheste *subjektive Lehre* ihre endgültige Systematisierung in der Lehre von Bernhard Windscheid⁽¹⁸⁾. Die *objektive Lehre* stammte dagegen von Zivilrechtsmethodologen wie Josef Kohler⁽¹⁹⁾ und Adolf Wach⁽²⁰⁾, die sie einige Jahrzehnte später erarbeiteten und zwar in den Jahren 1885-86⁽²¹⁾. Wird im ersten Ansatz bei Zweifelsfällen oder echten Gesetzeslücken dem Ausleger nahegelegt, den lückenhaften Text durch eine Rekonstruktion von dessen Vorbereitung zu ergänzen, in der Überzeugung, daß daraus wertvolle Klärungen über die Bedeutung streitiger Vorschriften hervorgehen können, nimmt das Problem im zweiten Ansatz ein weit größeres theoretisches Gewicht an, da hier das Wesen des Gesetzes selbst ins Spiel kommt und folglich in Frage gestellt wird. Bei der objektiven Lehre reduziert sich das Gesetz nicht mehr auf einen einfachen Akt der Stellungnahme, sondern wird direkt vor das zentrale Problem der Vernünftigkeit seines normativen Inhalts gestellt⁽²²⁾.

Angesichts all dessen beruft sich Schmitt auf Vaihingers Fiktions-

(18) B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Frankfurt a. M., 1875. Nach Windscheid ist « die Feststellung des Sinnes, welchen der Gesetzgeber mit dem von ihm gebrauchten Worten verbunden hat », die Voraussetzung für die Bindung des Richters an das Gesetz. Auf skurrile Weise sollte der Ausleger « in die Seele des Gesetzgebers hineindenken » (§ 21). Dementsprechend hat sich auch F. Regelsberger geäußert, für den das Gesetz « der Ausdruck des Willens des Gesetzgebers » ist und der « Inhalt des Gesetzes das vom Gesetzgeber erkennbar Gewollte, der Wille des Gesetzgebers » ist (*Pandekten*, Leipzig, 1893, S. 143).

(19) *Über die Interpretation von Gesetzen*, in « Grünhuts Zeitschrift », 13 (1886).

(20) *Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts*, Bd. I, Leipzig, 1885.

(21) Vgl. LARENZ, *Methodenlehre*, a.a.O., S. 32. Siehe dazu auch K. ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, Stuttgart, 1956, S. 85 ff.

(22) Kohler erarbeitet einen teleologischen Begriff, den ‚Willen des Gesetzes‘, wobei er als dessen wesentlichen Element das Streben nach einem organischen Zweck sieht (« Gesetz im teleologischen Sinne als organisches Zweckstreben », a.a.O., S. 1). Der sachliche Aufbau des Textes als solcher hätte demnach eine eigene notwendige « innere Rationalität ». Auf diese Weise würde der Rechtssatz, der im Gesetz seinen Ausdruck findet, als Mittel zur Realisierung eines rationalen Zwecks und in mancherlei Hinsicht als Wahrer einer Art ‚Rechtsvernunft‘ erscheinen. Larenz (*Methodenlehre*, a.a.O., S. 32-34) sieht diesen theoretischen Ansatz als Folge des Einflusses der stark rationalistischen Komponente, die zu Kohlers Zeit die Rechtslehre charakterisierte. Der konventionalistische epistemologische Ansatz, der sich an Vaihinger anlehnte und von dem Schmitt 1912 ausging, würde die offensichtliche Naivität solcher theoretischen Haltungen leicht widerlegen, in denen — wie Schmitt bemerkt — der Ausdruck ‚Wille‘ eben auf naive Weise gebraucht wird (S. 25).

lehre, um die Idee vom ‚Willen‘ selbst, die beiden doch unterschiedlichen Auslegungstechniken zugrunde liegt, einer tiefgreifenden Kritik zu unterziehen: « Nun wäre freilich die Überwindung, d.h. Klarstellung des gänzlich verschwommenen Begriffes ‚Willen‘ ebenso notwendig gewesen, wie die glänzende Attacke auf das Gespenst ‚Gesetzgeber‘. Diesen war man los, der ‚Wille‘, das schlimmere Gespenst, war geblieben » (S. 30). Es ist die allgemeine Idee von ‚Willen‘ mit all ihren möglichen Folgen auf doktrinärer Ebene, die in diesem Satz ernsthaft in Frage gestellt wird. Man denke zum Beispiel an die normativistischen und imperativistischen Lehren, die mit dem Voluntarismus zusammenhängen und die — obwohl zu jener Zeit noch relativ vorherrschend — von einer mächtigen epistemologischen Kritik von innen demontiert wurden. Diese hob das Fiktionselement hervor, das im scheinbar wissenschaftlichen Aufbau des ‚Willens‘ enthalten ist: « Die Widersprüche und Inkonsistenzen der Lehre vom Willen des Gesetzgebers hatten ihren Grund darin, daß man sich nicht darüber klar werden wollte, mit einer bloßen Fiktion zu operieren, [mit einer] Reihen von ‚transpositiven‘ Momenten und Inhalten so zu behandeln, als ob sie der Wille des Gesetzgebers wären » (S. 26). Und Schmitt schließt wie folgt: « Statt dessen verwandelte man die Fiktion in ein Dogma » (S. 26).

Belegt wird Vaihingers Einfluß auf die Entwicklung von Schmitts Gedanken nicht nur durch den Briefwechsel⁽²³⁾, sondern auch durch die Rezension von Vaihingers *Die Philosophie des ‚Als-Ob‘*, seinem im selben Jahr wie *Gesetz und Urteil*⁽²⁴⁾ erschienenen grundlegenden Werk, und noch mehr durch den kurzen Artikel über die juristischen Fiktionen von 1913⁽²⁵⁾. In diesen Schriften gewinnt der Begriff von Fiktion zentrale Bedeutung, wobei er als gewollt willkürliche Konstruktion verstanden wird, die jedoch rein pragmatisch zur Erreichung konkreter Ziele nützlich sein kann (und zwar im Rahmen der Realisierung stabiler Ordnungen, die durch allgemein voraussehbaren/berechenbaren Beziehungen charakterisiert sind). Besonders hier ist die Wirkung der Koppelung von neokritischer Epistemologie einerseits und Nietzschescher Epistemologie andererseits (wie sie aus den *Nach-*

(23) Vgl. *Carl Schmitt. Jugendbriefe 1905-1913*, hrsg. v. E. Hüsmert, Berlin, 2000.

(24) *Besprechung der Schrift ‚Philosophie des Als-Ob‘ von H. Vaihinger*, in « Die Rheinlande », 11 (1911), S. 429-430.

(25) *Juristische Fiktionen*, in « Deutsche Juristen-Zeitung », 18 (1913), S. 804-806. Aber schon in *GU* möchte Schmitt unterstreichen, daß « Vaihingers schon erwähnte Ausführungen über die Bedeutung und Berechtigung der Als-Ob-Betrachtung [...] hier wieder wichtig [werden], weil sie dem Einwand, das Resultat der Interpretation sei nicht der wirkliche Wille, sondern werde nur betrachtet, als ob es der Wille sei, den Boden entziehen » (S. 37).

gelassenen Fragmenten aus den Jahren 1884-89 zu entnehmen ist) auf den jungen Schmitt sichtbar.

Er schreibt:

Die Fiktion ist ein Kunstgriff, ein Weg, den die Menschheit in allen Wissenschaften tausendmal beschreitet, um durch falsche Annahmen zum richtigen Ziel zu kommen, eine Methode, die vor allem in der Mathematik und den Naturwissenschaften ihren Wert und ihre Berechtigung längst gezeigt hat. [...] Die Methode ist die: man betrachtet das Ergebnis der Auslegung, als ob es der Wille des Gesetzes wäre. Dabei ergibt sich allerdings die Tendenz, das Gedachte als Realität zu behandeln. Dadurch, daß man eine willkürliche und falsche Annahme macht, um Wirklichkeiten zu berechnen, zugleich aber sich dieser Willkürlichkeit stets bewußt bleiben muß, entsteht ein ‚unangenehmer Spannungszustand‘ der Seele, den man zu beseitigen sucht, indem man dem Gedachten Realität zuschreibt. ‚So wird die Fiktion einfach Dogma, das ‚Als ob‘ wird zum ‚Weil‘ (Die Philosophie des Als Ob, S. 222) (26).

Die traditionelle Auslegungsmethodologie, die dem Gebot der notwendigen logischen Rekonstruktion des ‚Willens‘ des Gesetzes verpflichtet ist, verfällt also einem grundlegenden theoretischen Irrtum wenn sie das, was eigentlich als eine Vertragskonvention erkannt werden sollte, mit einem logischen Kausalitätsverhältnis verwechselt, indem sie das ‚Als ob‘ in ein ‚Weil‘ verwandelt (27). Wäre man dagegen fähig gewesen — wie Schmitt behauptet —, den rein konventionellen Charakter der Daten zu erkennen, auf die der Ausleger eingreifen soll, hätte man die hermeneutische Tätigkeit nicht einer Art allgemeinen Fetischismus‘ überlassen, der sich unvermeidlich auch auf anderen Ebenen wiederholen würde. Etwas Ähnliches passiert zum Beispiel, gerade in der traditionellen Rechtstheorie, hinsichtlich der Unfähigkeit, zwischen zwei grundlegenden Problemen zu unterscheiden, die ihrer Natur nach eigentlich völlig getrennt sind: dem Problem der Richtigkeit der Interpretation auf der einen Seite und dem Problem der Richtigkeit der Entscheidung auf der anderen (28). Darauf insistiert *Gesetz und Urteil* mehrmals, wobei diese Unterscheidung als einer der Hauptmerk-

(26) *Juristische Fiktionen*, a.a.O., S. 805. Bezüglich dem problematischen Verhältnis zwischen Rechtswissenschaft und exakten Wissenschaften siehe die Unterscheidungen, die Schmitt in *GU* macht (vgl. S. 75 und die Anm. III im Anhang des Buches).

(27) « Wie sich Fiktionen [...] in Dogmen verwandeln, indem man aus dem ‚als ob‘ ein ‚weil‘ macht » (*Besprechung*, a.a.O., S. 430).

(28) Der falsche Primat des voluntaristischen Elements, das als wirklich gesehen wird und folglich in der Gestalt eines Gesetzgebers ‚verkörpert‘ oder in einem Gesetzestext ‚objektiviert‘ wird, ist nach Schmitt nämlich auch dafür verantwortlich, daß man unvermeidlich nicht im Stande ist, zwischen Richtigkeit der Interpretation und Richtigkeit der konkreten Entscheidung zu unterscheiden (S. 29).

male des im Buch enthaltenen Lehrentwurfs erkannt wird. Schmitt hebt klar hervor, daß

die Theorie vom Willen einer gesetzgeberischen Instanz [...] daher auf diese allgemeinste Voraussetzung geprüft werden [sollte], darauf, ob wirklich richtig interpretieren und richtig entscheiden dasselbe ist, oder ob vielleicht die Richtigkeit der Interpretation zwar eine Voraussetzung der Richtigkeit der Entscheidung ist, sie aber nicht erschöpft, sondern noch andere Momente hinzukommen müssen, ehe die Entscheidung richtig zu nennen ist; und ob weiter dadurch nicht die Stellung der Interpretation so verändert wird, daß sie ihren Bezirk für sich hat und überhaupt nicht mehr als allgemeine Voraussetzung für die Richtigkeit einer Entscheidung anzusehen ist (S. 29).

Man sollte auf jeden Fall nicht vergessen, daß die These der Überlegenheit oder sogar des Primats der Interpretation (als Moment von Rechtskenntnis) gegenüber der Entscheidung (als eminent praktisches Moment) ein Vermächtnis der traditionellen Methodologie war. Im Wesentlichen unverändert findet man dann die sogenannte ‚juristische Methode‘⁽²⁹⁾ im frühen Kelsen oder besser gesagt in der Kelsenschen Theoretisierung der ausschließlichen Aufmerksamkeit, die dem formal gültigen Recht gebührt, die schon in den *Hauptproblemen*⁽³⁰⁾ enthalten ist und mit der sich Schmitt gerade in *Gesetz und Urteil*⁽³¹⁾ auseinanderzusetzen begann.

(29) Für einen Überblick über die geschichtliche Entwicklung dieser ‚Methode‘, die sich von der zivilistischen Struktur der deutschen Pandektistik ausgehend behauptet und später auf das öffentliche Recht ausgedehnt wird, und zwar längs der theoretischen Linie, die von Gerber bis zu Laband und Jellinek reicht, siehe M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milano, 1979.

(30) S. o., Anm. 14.

(31) Diese Auseinandersetzung endet jedoch in der knapp (nicht ohne einige leicht polemische Pointen) formulierten Erkenntnis der wesentlichen ‚Inkompetenz‘ von Kelsen — dessen Ansatz gänzlich darauf zielt, die Voraussetzungen für eine ‚wissenschaftliche‘ Kenntnis des positiven Rechts auszuarbeiten — hinsichtlich der Probleme der ‚Rechtspraxis‘, wie sie in *Gesetz und Urteil* entworfen wird. So schreibt Schmitt bezüglich der in den *Hauptproblemen* dargelegten Thesen sehr ausdrücklich: « Aus der Problemstellung vorliegender Untersuchung ergibt sich ihre Stellungnahme zu diesen Ausführungen. Die Methode der Rechtsanwendung ist das Thema, nicht die wissenschaftliche Verarbeitung des positiven Rechts oder die Konstruktion juristischer Begriffe. Infolgedessen sind ihre methodischen Voraussetzungen auch andere als die der Theorie des geltenden Rechts, die bei einer Nichtbeachtung alles dessen, was nicht aus dem Gesetz begrifflich zu deduzieren ist, ihrem Wesen nach mit der Methode einer Praxis nichts zu tun haben kann. Es ist daher kein Einwand gegen die Ansichten jenes Buches daraus abzuleiten, wenn es wichtige (und aktuelle) Fragen der Methodik einer Rechtspraxis gar nicht erklären will, sondern ihnen gegenüber offen seine Inkompetenz

Die fehlende Unterscheidung zwischen dem Problem der Richtigkeit des theoretischen Moments der Auslegung und dem praktischen Moment der Entscheidung ist das, was Schmitt übrigens auch der Freirechtsbewegung vorwirft, deren kritischen Thesen er anfangs zu teilen oder mit denen er wenigstens, in Anbetracht der in *Gesetz und Urteil* dargelegten Überlegungen, eine gewisse Verwandtheit⁽³²⁾ zu erkennen scheint.

Erwarten sollte man in Wahrheit eine endgültige Klärung über den tiefen, substantiellen und funktionellen Unterschied, der zwischen der Tätigkeit der Auslegung und jener der Entscheidung besteht, nicht schon von der Rechtslehre, sondern von der Rechtspraxis in engerem Sinn, d. h. von der richterlichen Praxis. Dies wiederholt Schmitt mehrmals, so daß es zu einer der grundlegenden Thesen seines Buchs wird. Und der Praxis in ihrer komplexen und detaillierten inneren Problematik sind die darauffolgenden Kapitel des Essays gewidmet.

Im dritten und im vierten Kapitel über das Postulat der Rechtsbestimmtheit und die Formulierung des Kriteriums zur Feststellung der Richtigkeit der Entscheidung werden dann in der Tat die wesentlichen

ausspricht und sich damit begnügt, zu bemerken, in der Frage des richterlichen Ermessens oder dergleichen höre alle juristische Konstruktion auf » (S. 56 f.).

⁽³²⁾ Diese Ähnlichkeit wird von mindestens zwei Rezensenten des Schmittschen Textes erkannt: W. Jellinek (in « Archiv für öffentliches Recht », 31 (1914), S. 296-299) und P. Oetermann (in « Deutsche Juristen-Zeitung », 18 (1913), S. 817-818). Die offensichtlichen theoretischen Unterschiede entgehen dagegen nicht F. Hollmack (in « Kant-Studien », 17 (1912), S. 464-467). Daß die Ähnlichkeit zwischen den Thesen der *Freirechtsbewegung* und denen von *Gesetz und Urteil* nur oberflächlich ist, versteht man aus Schmitts Beobachtungen jedes Mal, daß er das Thema explizit anschneidet. Vgl. z. B. in diesem Buch, S. 26 f.: « Auch diese Anschauungen letzten Endes eine ‚Gesetzmäßigkeit‘ als Kriterium der Richtigkeit einer Entscheidung aufstellen und sich von der alten Interpretationslehre in diesem Punkte nur dadurch unterscheiden, daß sie bei dem Worte ‚Gesetzmäßigkeit‘ unter Gesetz etwas anderes verstehen, das aber auch interpretiert und angewendet werden soll » (S. 20 f.). Es ist jedoch klar, daß Schmitts Kritik darüber hinausgeht und er sie auch auf die Fehler ausweitet, welche die ‚Freirechtslehren‘ schon in deren Auffassung des Gesetzes aufweisen. Nicht anders als die traditionelle Rechtsmethode, hat nämlich nach Schmitt auch das Freirecht als normativer Ansatzpunkt im Wesentlichen das Gesetz, und zwar an und für sich genommen, wobei jedoch die Notwendigkeit einer weiten inhaltlichen metapositiven Integrierung beteuert wird. Schließlich gelangt man zu folgender korrekten Behauptung: « Mit einer derartigen inhaltlichen Erweiterung des Begriffes ‚Gesetz‘ in dem Begriff ‚Gesetzmäßigkeit‘ beraubt man aber sein Kennzeichen einer richtigen Entscheidung, Subsumierbarkeit unter das Gesetz, jeden Wertes » (S. 40). Über die *Freirechtsbewegung* bleibt immer noch das Buch von L. Lombardi grundlegend: *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967, insbes. Kap. III (« Il giusliberismo ») und IV (« Il diritto giurisprudenziale »).

Aspekte der in *Gesetz und Urteil* diskutierten Frage dargelegt. Das Problem der Praxis konzentriert sich gänzlich darauf, ein Richtigkeitskriterium für das Urteil und für die jeweilige Entscheidung zu finden. Und nur die richterliche Praxis kann dies leisten, denn — wie Schmitt unermüdlich beteuert — weder vom Gesetz, das bloßer Referenzrahmen bleibt, noch von abstrakten Überarbeitungsmethodologien positivistischen Ursprungs kann ein lösungswirksames Kriterium zur Bestimmung der Richtigkeit eines Urteils und einer Entscheidung kommen, sondern einzig und allein aus dem konkreten Rechtsleben in seiner praktischen Verfahrenseffektivität.

Bevor man aber bestimmt, welcher Inhalt diesem Kriterium zugeschrieben werden kann, soll man ihm nach Schmitt eine Grundlage geben und das kann man nur, indem man die Praxis selbst nach einem Postulat fragt, das seinerseits die Wahl des Kriterium lenken wird. Das Postulat soll nicht aus einer rein soziologischen Untersuchung hergeleitet werden und auch nicht von — oft verdeckten — naturrechtlichen Voraussetzungen (Gerechtigkeitstheorien usw.) abhängen. Vielmehr muß es in der Effektivität der richterlichen Praxis verwurzelt und so aufgebaut sein, daß es die Verwirklichung des Rechts im konkreten Einzelfall (z. B. im Verfahren) erlaubt. Wie vorher gesagt, ist dieses Postulat in Schmitts Diskurs typischerweise vom Prinzip der Rechtsbestimmtheit dargestellt, d. h. vom theoretischen Wortlaut, der dem Grundbedürfnis nach einer Rechtsnorm entspricht, daß in ihrer konkreten Verwirklichung in der richterlichen Praxis die wesentlichen Bedingungen sowohl der Sicherheit/Verlässlichkeit, als auch der Kalkulierbarkeit/Berechenbarkeit jeder Entscheidung gewährleisten kann. Berufen muß man sich diesbezüglich zunächst auf Bentham, dessen sozialpolitischer Begriff der *expectation* nach Schmitt auch im Rahmen der richterlichen Praxis eine grundlegende Bedeutung annimmt: von Seiten der Adressaten gibt es eine berechtigte Erwartung an Einheitlichkeit⁽³³⁾, die das Moment der Rechtsanwendung betrifft und sich in einer tatsächlichen Kalkulierbarkeit der Urteile niederschlagen muß:

Was bei Bentham am meisten interessiert, ist die Selbstverständlichkeit, mit der er von der allgemeinen Bedeutung des Rechts im sozialen Leben und den Pflichten der Gesetzgebung auf die Rechtsanwendung Schlüsse zieht und dem Zusammenhang zwischen dem ‚Adressaten‘ des Gesetzes, als der ihm ohne weitere Frage das Volk erscheint, und praktischer Interpretation betont. Die Tätigkeit des Richters wird nach der (staatspolitischen) Täti-

(33) Es sei daran erinnert, daß dieses Element der ‚Einheitlichkeit‘ mit gewolltem Nachdruck schon am Anfang von *GU* erwähnt wird: « Alle Bemühungen um eine richtige Entscheidung liegt also die Forderung einer gleichmäßigen, einheitlichen Praxis zugrunde » (*Vorwort*, S. VII).

gkeit des Gesetzgebers beurteilt. [...] Für beider Tätigkeit gilt ein und dasselbe Kriterium der Richtigkeit: sie sollen der allgemeinen Erwartung, der *expectation*, entsprechen; ihr Tun soll berechenbar sein (S. 64-65) ⁽³⁴⁾.

Aber das, was Bentham meint, deckt sich nicht mit dem, was Schmitt im Sinn hat, denn « Bentham treibt Rechtspolitik und Sozialwissenschaft, nicht Jurisprudenz » ⁽³⁵⁾. Schmitt möchte dagegen präzisieren, daß

wenn hier das Moment des abstrakten Festgestelltseins hervorgehoben wird, so steht das mit der Rechtssicherheit, wie Bentham sie versteht, nur äußerlich in Zusammenhang, weil nicht ihre volkswirtschaftliche und sozialpsychologische Bedeutung hier interessiert, sondern jenes Moment der inhaltlichen Indifferenz, das jeder Rechtssatz in sich enthält (S. 66-67) ⁽³⁶⁾.

⁽³⁴⁾ Vgl. *GU*, S. 66. Das Erfordernis der Berechenbarkeit gehört typischerweise zu der Weberschen Soziologie. Zur Zeit als Schmitt *Gesetz und Urteil* verfasste, war es ja vor allem die juristische Methodenlehre neukantianischen Ursprungs, die es zusammen mit dem Erfordernis der Rechtssicherheit in Erwägung zog. Im deutschen südwestlichen Kulturumfeld (man denke an das Heidelberg der Zehner und Zwanziger Jahren) war es schließlich gerade diese Methodenlehre, die sich am meisten von Weber inspirieren ließ und in der Rechtsphilosophie von Gustav Radbruch ihren typischsten Ausdruck fand. Die erste Ausgabe von der *Einführung in die Rechtswissenschaft*, einem der meistgepriesenen Werke Radbruchs, erschien 1910 und muß Schmitt bei der Niederschrift von *GU* wohl bekannt gewesen sein: darauf, bzw. auf was in diesem Werk direkt die neokantianische Idee der Rechtssicherheit betrifft, bezieht sich Schmitt wenn er behauptet, daß er sich in der ‚zu statischen‘ Rekonstruktion der Rechtssicherheit nicht wiedererkennt, die für das liberale-positivistische Gesellschaftsbild charakteristisch ist. Das Ideal der Rechtssicherheit ist auf der semantischen Ebene begrenzter als die Schmittsche Rechtsbestimmtheit. Sei mir hier gestattet, diesbezüglich auf meinen Aufsatz *Rileggendo Radbruch* zu verweisen (in « Quaderni fiorentini », 17 (1988), S. 487 ff.), aus dem hervorgeht, daß eine erweiterte Idee von Rechtssicherheit in Wirklichkeit sowohl die Ordnung und den sozialen Frieden, die vom Recht gesichert werden, als auch die Rechtssicherheit in engerem Sinn umfassen könnte, d. h. ein Element für welches das Rückwirkungsverbot der Gesetze, die zeitliche Beständigkeit der Rechtsnorm, die Erfüllung der Anforderungen zur Kenntlichkeit der Normen (Bekanntmachung usw.) als auch vor allem die Stabilität der Rechtsordnung insgesamt charakteristisch sind.

⁽³⁵⁾ A.a.O., S. 67.

⁽³⁶⁾ A.a.O. Näher zu betrachten bleibt noch das lange in Anm. 72 enthaltene Zitat (S. 67 f.), das aus Benthams *Principles of the Civil Code* stammt. Aus ihm wird ersichtlich, daß der Nachdruck, den Bentham dem psychologischen Phänomen der *expectation* verleiht, auf dem das Postulat der Rechtsbestimmtheit begründet ist, nicht unbedingt die Behauptung der reinen Willkür der richterlichen Tätigkeit ankündigt, sondern — ganz im Gegenteil — auf die notwendige Beteuerung der Bindung zum wörtlichen Sinn des normativen Textes hinweist, an die der Richter sich zu halten hat:

Noch einmal liegt der wirklich ausschlaggebende Punkt in der Einsicht, daß die inhaltliche Indifferenz, die jede Norm notwendigerweise charakterisiert, in der Regel dazu bestimmt ist, vor den spezifischen Inhalten der einzelnen Normsätze Vorrang zu haben, sowie vor den gewöhnlich vorgesehenen formellen Verfahren zu ihrer Inkraftsetzung. Zählen nämlich nur die konkreten Zwecke wirklich, welche die Normen realisieren müssen, so muß man feststellen, daß diese Zwecke sehr oft direkt realisiert werden sollen, in totaler Unabhängigkeit von Anwendungsnormen, die in der richterlichen Praxis selbst entstehen. Dies rückt die formellen Inhalte und die Verfahrensregeln der Gesetzgebung unvermeidbar in den Hintergrund, indem ihnen eine Nebenrolle zugewiesen wird.

Dies zu begreifen — so Schmitt — hieße jedoch nicht, wie man zunächst glauben könnte, daß man der Interpretationswillkür des einzelnen Richters Tür und Tor öffnet: die Entscheidungen müssen nämlich angemessen begründet sein und die Begründungen werden umso überzeugender und durchsetzungsfähiger sein, umso allgemein anerkannter die Meinung ist, worauf sich im Rahmen der Praxis das formulierte Urteil stützt. Daher rührt das im vierten Kapitel von *Gesetz und Urteil* behandelte Problem, d. h. die Ermittlung eines spezifischen Kriteriums zur Bestimmung der Richtigkeit der Entscheidung und zwar vom Postulat der Rechtsbestimmtheit ausgehend. Dieses Kriterium wird man nie in Bezug auf die *Gerechtigkeit* formulieren können, sondern einzig auf die Richtigkeit, im Sinne von Fähigkeit, eine homogene richterliche Orientierung zur Erreichung einer tendentiellen Einheitlichkeit der Urteile um sich zu vereinen.

Hauptaufgabe der richterlichen Praxis wird dann diejenige sein, den ‚größtmöglichen Konsens‘ unter den Auslegern zu bilden und dabei als Zweck nicht so sehr, bzw. nicht nur die zu folgende Einheitlichkeit der theoretischen Linie vor Augen zu haben (wie es in der traditionellen Methodologie passierte), sondern vielmehr die konkrete richterliche Entscheidung, die im Fall einer bestimmten in der Praxis entstandenen Auseinandersetzung zu nehmen sei. Mehr Geltung wird dann jene richterliche Orientierung finden, die sich als ausweitungsfähiger erweisen wird, indem sie für die größte Anzahl von Richtern voraussehbar/kalkulierbar erscheint und das Wachsen einer Art von beforwortenden und einheitlichen *opinio communis* ermöglicht.

Daher rührt die Prämisse, die Ausgangspunkt des vierten Kapitels ist: Es muß « ein der Rechtspraxis autochthones Kriterium gefunden werden » (S. 71), das ein effektives Prinzip für die richterliche Praxis

« When the judge dares to arrogate to himself the power of interpreting the laws, that is to say, of substituting his will for that of the legislator, everything is arbitrary — no one can foresee the course which his caprice may take » (ebd.).

liefern und somit das alte Dilemma zwischen formaler Einbindung der Gesetze und Option der subjektiven Freiheit des Richters überwinden kann. Die Freirechtsbewegung selbst hatte nämlich dieses Dilemma nicht überwinden können und blieb darin verwickelt. Die Definition dieses Kriteriums findet man in der berühmten Formel, die Schmitt 1912 für die damalige Juristenwelt verfasste:

Eine richterliche Entscheidung ist heute dann richtig, wenn anzunehmen ist, daß ein anderer Richter ebenso entschieden hätte. ‚Ein anderer Richter‘ bedeutet hier den empirischen Typus des modernen rechtsgelehrten Juristen ⁽³⁷⁾.

Hier wird der Richter auf Webersche idealtypische Weise als ‚Vertreter‘ des eigenen Berufs- und Gesellschaftsstandes gesehen. Dieser Umstand, in Anbetracht des soziologischen Umfelds der Bürokratie nach Bismarck und des Beamtenstaats, auf das sich Schmitt implizit bezieht — gewährleistet sowohl den angewandten richterlichen Orientierungen als auch den einzelnen getroffenen Entscheidungen eine besondere Beständigkeit, so daß man sogar zur Bildung einer Art ‚konservativen‘ Gegengewichts zu den Entwicklungstendenzen der damaligen Gesetzgebung kommt ⁽³⁸⁾. 1912 macht Schmitt keinen Hehl daraus, daß er in der Jurisprudenz einen wichtigen Faktor für Stabilität und Kontinuität sieht, wohingegen die Gesetzgebung, genau wie das interventionistische und positivistische Bismarcksche Modell verstanden, als Faktor für gesellschaftliche Veränderung und Wandel und folglich als offensichtliches Instabilitätsrisiko für die traditionelle Staatsordnung gesehen wird. Auf diesen Themen insistierte in der rechtswissenschaftlichen Literatur jener Zeit eine interessante, doch noch minderheitliche, Interpretationslinie, die am Rande der Freirechtsbewegung entstanden war. Typisches Ergebnis dieser Richtung ist die Abhandlung von Hans Reichel aus dem Jahr 1915, in der als Element zur Füllung von jedem « rechtsleeren Raum » der vermeintli-

⁽³⁷⁾ Vgl. *GU*, S. 71.

⁽³⁸⁾ Ein von Schmitt sehr geschätztes ‚konservatives Gegengewicht‘, wenn man am Bild von Schmitt als ‚Jurist der Tradition‘ festhält, das aus dem bereits zitierten Aufsatz von M. Fioravanti hervorgeht: *Kelsen, Schmitt e la tradizione giuridica dell'Ottocento*. Seine Interpretation scheint in dieser Hinsicht sehr überzeugend. Fioravanti versäumt nicht, den historisch-begrifflichen Zusammenhang zwischen der Schmittschen Philosophie des öffentlichen Rechts und der Theoretisierung des Verwaltungsrechts von Otto Mayer angemessen hervorzuheben. Die Letztere wurzelt nämlich in einem homogenen Beamtenstand und sichert eine valutative und ideologische Einheitlichkeit und folglich eine Rechtsprechung, die auf eine zuverlässige Praxis zählen kann, in der es überwiegend voraussehbare und kalkulierbare Entscheidungen gibt.

che Konsens, in der Gegenwart oder in naher Zukunft, der Kollegen und der Juristenwelt insgesamt genannt wird ⁽³⁹⁾.

Über einen Aspekt hat man allerdings noch nicht genügend reflektiert. In Anbetracht all seiner Entfaltungsmöglichkeiten war dieser Vorschlag vom jungen Schmitt dazu bestimmt, eine tiefgreifende Revision beim Angehen einiger entscheidender Probleme der ordentlichen Rechtsprechung, sowie bezüglich dem allgemeinen Quellsystem selbst, auszulösen. Denn die ausschlaggebende Rolle der Voraussicht vom Richter, der dazu angespornt wird, so zu entscheiden ‚wie ein anderer (oder jeder andere) Richter‘ es tun würde, stärkt einerseits sichtlich die von der Rechtsprechung fortgesetzte Linie, relativiert aber andererseits die Zentralität des Gesetzes. In Extremfällen wird nämlich eine Zulassung der *interpretatio contra legem* nicht ausgeschlossen und zwar bei der berechtigten Annahme, daß, der andere Richter‘ diese vermutlich zugelassen oder vorgeschlagen hätte ⁽⁴⁰⁾. Aber darüber hinaus erlaubt das Kriterium vom ‚anderen Richter‘ eine Revision und Neubewertung klassischer, in der ordentlichen richterlichen Praxis wiederkehrender Themen, über die das vierte Kapitel von *Gesetz und Urteil* sich verbreitet. Darunter: 1) das Kollegialprinzip des Urteils als Ansatz zur Verwirklichung des *idem sentire* unter den Mitgliedern der Gerichtshöfe verstanden (aber auch von Schmitt kritisiert); 2) das System der Instanzenzüge, Neubewertet im Lichte der erwünschten wesentlichen Einheitlichkeit der Rechtsprechung in den unterschiedlichen Instanzen; 3) die Erkennung des Adressaten der Entscheidungsgründen im ‚gelehrten Jurist‘ als repräsentativem Idealtyp eines wesentlich homogenen Berufs- und Gesellschaftsstands ⁽⁴¹⁾.

Unsere aktuelle Situation ist freilich Lichtjahre von den geschichtlichen Umständen entfernt, die Schmitt 1912 zu seinem Lehrentwurf

⁽³⁹⁾ H. REICHEL, *Gesetz und Richterspruch. Zur Orientierung über Rechtsquellen- und Rechtsanwendungslehre der Gegenwart*, Zürich, 1915. L. Lombardi kommentiert in seinem *Saggio sul diritto giurisprudenziale* wie folgt: « Si tratta di decidere scegliendo, tra le soluzioni che paiono giuste, quella che si può fondatamente sperare diventi consuetudine » (a.a.O. S. 344, Anm. 471). In anderen Worte: um zu entscheiden, soll man unter den vielen möglichen Lösungen jene suchen, welche die größte Fähigkeit besitzt, sich auf den Rest der Rechtsprechung auszudehnen und zum Paradigma neuer Entscheidungen zu werden.

⁽⁴⁰⁾ « Eine gegen den Wortsinn des Gesetzes verstoßende Entscheidung, und das heißt eine Entscheidung *contra legem* [...], ist unter denselben Voraussetzungen richtig, wie jede andere; nämlich dann, wenn sie von dem anderen Richter (der gesamten Praxis) in der gleichen Weise getroffen worden wäre. [...] Daß der einzelne Richter, trotz bester Überzeugung, *contra legem* eine richtige Entscheidung treffen könne, wird hier ausdrücklich verneint » (S. 111 f., 113).

⁽⁴¹⁾ Siehe jeweils *GU*, S. 74 f., 77 f., 83 f.

leiteten. Dies widerlegt jedoch nicht die Tatsache, daß, trotz der gewaltigen sozialpolitischen Unterschiede, die wirklichen unterliegenden Probleme dieselben geblieben sind und nach wie vor die richterliche Praxis prägen. Die Frage nach dem Vorhandensein oder Fehlen einer wünschenswerten Einheitlichkeit der richterlichen Orientierungen und die — eng damit verbundene — Frage nach einem auf den verschiedensten Ebenen des Gerichtssystems soweit wie möglich verbreiteten Konsens, der zu deren Verwirklichung notwendig ist, erscheinen als unabdingbare Voraussetzungen um das Prinzip der Rechtsbestimmtheit in die Praxis umzusetzen und es nicht einfach als formal hinzunehmen. Denn gerade darin sei nämlich einer der wichtigsten Sicherheitsfaktoren in den Rechtsbeziehungen zu erkennen, die jeder Gesellschaft innewohnen ⁽⁴²⁾.

(42) Der kurze Hinweis auf das Schmittsche Thema vom ‚anderen Richter‘, den wir im vorher zitierten Werk von L. Lombardi (*Saggio*, S. 337 ff., insbes. S. 344) finden und in der Formel vom « vorhersehbaren Konsens, aktuell oder in naher Zukunft, der Kollegen und der juristischen Welt insgesamt » zu den von einem bestimmten richterlichen Spruch ausgedrückten Rechtsprechungsrichtlinien zusammengefaßt wird, wiedergibt noch nicht in angemessener Weise die Bedeutung der radikalen Innovativität des in *GU* enthaltenen Entwurfs. Im *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, der doch eine systematische (und bahnbrechende) Arbeit zu den Themen, die das ‚freie Recht‘ charakterisieren, darstellt, fügt Lombardi die brisante Schmittsche Anweisung zur Autonomie der Praxis einfach unter den sogenannten « Sonderkriterien, die dem Wertpol am nächsten stehen » und von der « Rechtsvernunft an sich » ausgearbeitet wurden, um die vom Gesetz programmatisch vorgesehenen Lücken zu füllen, ein. Dabei stellt er sie auf dasselbe Niveau wie das Gewissen (die « subjektive Vernunft »), die « Werturteile », das « Rechtsgefühl », die Billigkeit usw., ohne weitere Unterscheidungen vorzunehmen. Auch die jüngere Literatur über Interpretations- und Argumentationstheorie zeigt kein konkretes Interesse für dieses Problem, da sie auf absolut unzufriedenstellende Weise die grundlegende Frage der « Einheitlichkeit » der Sprüche als logische und soziologische Voraussetzung für die Möglichkeit einer « korrekten » Entscheidung auf den rein formellen Aspekt der sogenannten « axiologischen Kohärenz » reduziert (siehe z. B. R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Milano, 2011, S. 292 f.).

FABIO CIARAMELLI

L'INCONTRO DI PSICOANALISI E DIRITTO NELLA
PRIMA RECEZIONE ITALIANA DEL PENSIERO DI FREUD

(A proposito di F. Migliorino, *Edoardo Weiss e "La giustizia penale".
Zone di contagio tra psicoanalisi e diritto*,
Acireale-Roma, Bonanno, 2016)

Tra psicoanalisi e diritto esiste, nella prima diffusione del pensiero di Freud in Italia, una significativa « zona di contagio », che era rimasta in ombra nella voluminosa monografia di Michel David ⁽¹⁾ (pur risalendo agli anni Sessanta ⁽²⁾, questo lavoro, tutto sommato, è ancora un importante punto di riferimento). Si tratta d'un incontro che merita d'essere adeguatamente valorizzato perché ricco d'implicazioni tanto storiografiche quanto teorico-giuridiche. Si deve alla sensibilità d'uno studioso dagli assai vasti interessi culturali, quale Francesco Migliorino, un'attenta ricostruzione di questa prima ricezione della psicoanalisi freudiana da parte della cultura giuridica italiana ⁽³⁾. Il lavoro di Migliorino è incentrato sulla figura di Edoardo Weiss (Trieste 1889 - Chicago 1970), allievo diretto di Freud e uno dei suoi primi traduttori italiani, oltre che fondatore della « Rivista italiana di psicoanalisi » (il cui primo numero uscì nel 1932).

Va precisata subito la portata del dato nuovo, che costituisce il contributo più interessante della ricerca di Migliorino. Ebbene, proprio all'inizio degli anni Trenta e sino al forzato esilio americano del 1938, Edoardo Weiss fu un importante collaboratore de *La giustizia penale*, prestigiosa rivista, molto letta da giuristi e criminologi, che era stata fondata nel 1895 da Gennaro Escobedo, un ingegnoso e intraprendente

⁽¹⁾ Cfr. M. DAVID, *La psicoanalisi nella cultura italiana*, con Prefazione di C.L. Musatti, Torino, Boringhieri, 1966.

⁽²⁾ Ne esistono, però, una seconda edizione del 1970, che ha avuto alcune ristampe, e una terza edizione uscita nel 1990.

⁽³⁾ Una prima versione della ricerca poi confluita nel volume che qui si discute era apparsa in F. MIGLIORINO, *Il Dr. Freud e le riviste dei colpevoli*, in « Quaderni fiorentini », 44 (2015), pp. 745-757.

avvocato calabrese trapiantato a Roma ⁽⁴⁾. *La giustizia penale* all'inizio degli anni Trenta aveva inaugurato una sua sezione intitolata « I presupposti del diritto e della procedura penale », curata da Giulio Andrea Belloni, la cui intensa attività di studioso di criminologia e psicologia sociale s'univa a una forte sensibilità politica democratica, d'ascendenza mazziniana (cosa che, avendogli procurato fermi di polizia e detenzioni, gli aveva precluso la carriera universitaria e/o forense); il combinato disposto di questi due elementi mirava « soprattutto a coniugare il canone della 'difesa sociale' con autentici accenti di umanesimo » (p. 48). In tal modo, grazie a Belloni, tra antropologia, psichiatria, statistica, sociologia e psicologia sperimentale, fece la sua comparsa per la prima volta in una rivista giuridica la psicoanalisi.

Pubblicando regolarmente gli scritti di Weiss, la rivista di Genaro Escobedo divenne una nuova e insperata « tribuna per quello sparuto gruppo romano che si era raccolto attorno » a Edoardo Weiss, cioè « all'unico vero allievo italiano di Freud, 'autentico e tenace pioniere' del movimento psicoanalitico italiano ». Continua Migliorino: « Quando, nel 1934, le gerarchie cattoliche ottennero la chiusura della 'scandalosa' « Rivista italiana di psicoanalisi », la Società di Psicoanalisi Italiana (SPI) poté ancora dare voce ai suoi saggi e alle sue traduzioni tra le pagine di una rivista penale. Un dato, questo, finora ignorato dalla storiografia della psicoanalisi e del diritto » (p. 11).

Non a caso, infatti, quando si parla dei primi rapporti tra psicoanalisi e diritto, il pensiero corre immediatamente — e quasi esclusivamente — al fatto che un giurista del calibro di Hans Kelsen sia stato invitato negli anni Dieci e soprattutto all'inizio degli anni Venti a partecipare a svariate sessioni del seminario di Freud, e poi a tenervi una celebre relazione sui rapporti tra concetto dello Stato e psicologia delle masse; e sul confronto tra i due Autori e gli specifici punti di vista delle loro discipline esiste una consolidata bibliografia secondaria ⁽⁵⁾.

Merita tuttavia altrettanta attenzione il fatto che l'incontro o il « contagio » tra psicoanalisi e diritto sia passato in Italia nei primi decenni del secolo seguendo una strada diversa, che s'incentrava sul

⁽⁴⁾ Il ruolo di Gennaro Escobedo (Reggio Calabria 1868-Roma 1942), singolare figura di avvocato penalista capace di far dialogare, attraverso la sua rivista, « la scienza del diritto col quotidiano agire di giudici e di avvocati », è opportunamente valorizzato nel volume di Migliorino (cfr. p. 64 e ss.).

⁽⁵⁾ Sui rapporti tra Kelsen e Freud, oltre al sempre valido lavoro di M.G. LOSANO, *I rapporti tra Kelsen e Freud*, in « Sociologia del diritto », II (1977), 1, pp. 142-151, si veda da ultimo F. LIJOI, F.S. TRINCIA, *L'anima e lo Stato. Hans Kelsen e Sigmund Freud*, Brescia, Morcelliana, 2015 (ivi ulteriore bibliografia).

diritto penale ⁽⁶⁾, e che esplicitamente proseguiva — elemento opportunamente sottolineato e valorizzato dalle analisi di Migliorino — ciò che lo stesso Freud aveva incominciato nel 1906, quando aveva accettato di tenere una conferenza alla Facoltà giuridica viennese, rivolgendosi ai collaboratori e agli allievi di Alex Löffler, professore di diritto penale, il cui gruppo di ricerca aveva elaborato una particolare tecnica di indagine, detta « Diagnostica del fatto [*Tatbestandsdiagnostik*] », mirante a ottenere, in sede di processo penale, un accertamento obiettivo della verità attraverso associazioni verbali richieste a imputati e testimoni.

Nel suo intervento alla Facoltà di Giurisprudenza, Freud partiva dal parallelismo tra il delinquente e l'isterico, giacché — diceva — « in entrambi si è in presenza di un segreto, di qualcosa che è nascosto »; senonché, nel primo caso « si tratta di un segreto che il delinquente conosce e tiene nascosto a Voi » (cioè agli operatori del diritto); invece, « nel caso dell'isterico si tratta di un segreto che nemmeno lui conosce, che si nasconde a sé stesso ». Ma questa differenza fondamentale tra delinquente e isterico, non esclude, secondo Freud, il parallelismo dei compiti tra giudice istruttore e psicoanalista. Anche quest'ultimo intende portare allo scoperto ciò che all'inizio risulta nascosto. Infatti è proprio da un dato psichico nascosto in quanto « rimosso » che per la psicoanalisi « provengono tutti i sintomi somatici e psichici che tormentano i malati esattamente alla stregua di una cattiva coscienza » ⁽⁷⁾.

Questo riferimento alla cattiva coscienza si preciserà come *senso di colpa inconscio* e lo stesso Freud ne esplicherà le implicazioni giuridiche in un importante testo del 1916 ⁽⁸⁾, nella cui terza sezione, cioè nelle sue ultime due pagine, si sostiene che in alcune persone, da lui definite letteralmente « delinquenti per senso di colpa », « per quanto ciò possa apparire paradossale [...], il senso di colpa è presi-

⁽⁶⁾ In realtà, uno dei primi italiani che nel 1907, tra una lezione e l'altra della Clinica psichiatrica di Monaco di Baviera, aveva incominciato a incuriosirsi e interessarsi delle novità del metodo psico-analitico, e che, al suo ritorno a casa, avrebbe cominciato a diffondere le 'ardite' teorie di Freud, fu Gustavo Modena, vicedirettore del manicomio di Ancona, e perciò anche per ragioni professionali interessato a problematizzare i « dispositivi disciplinari » e le « misure securitarie » d'ascendenza lombrosiana che, come scrive Migliorino (p. 11), « s'incaricavano di mettere allo scoperto l'indole malvagia dei folli e di *bonificare* il corpo della società dal materiale settico degli anormali ».

⁽⁷⁾ S. FREUD, *Diagnostica del fatto e psicoanalisi*, in Id., *Opere di Sigmund Freud*, edizione diretta da C.L. Musatti, Torino, Boringhieri, 1972 [d'ora in poi: OSF], V, p. 245.

⁽⁸⁾ Cfr. S. FREUD, *Alcuni tipi di carattere tratti dal lavoro psicoanalitico*, in OSF, VIII, pp. 629-652.

stente all'atto illecito e non trae origine da esso »⁽⁹⁾. In questo caso, dunque, capovolgendo la linea temporale della logica, è « il misfatto medesimo che deriva dal senso di colpa » e che in qualche modo, una volta compiuto, lo attenua, giacché a quel punto il peso opprimente del senso di colpa, dopo la commissione d'un illecito, può venir attribuito a quest'ultimo e perciò mitigato.

È proprio questo paradossale sconvolgimento della linearità razionale tra reato e senso di colpa che costituisce il nucleo concettuale più rilevante degli interventi di Weiss nelle pagine de *La giustizia penale*, alcuni dei quali opportunamente ripubblicati da Migliorino. È questo il caso del primo contributo di Weiss, apparso nel 1932, che s'intitola « Il delitto considerato quale equivalente dell'autoaccusa » (cfr. pp. 85-90). Commenta Migliorino (p. 51): « Con la sua proverbiale cautela, Weiss aggiunge che non in tutti i delinquenti opera 'un meccanismo di questo genere', ma si augura che i penalisti italiani, così pronti a guardare ai 'motivi psicologici del delitto', possano trarre qualche utilità da un tema 'appena sfiorato', su cui promette di tornare con ulteriori approfondimenti ».

Nello scritto di Weiss che, con un titolo leggermente diverso, viene subito dopo pubblicato nella *Rivista italiana di psicoanalisi*⁽¹⁰⁾, lo psicoanalista triestino ritorna sul delitto interpretato come conseguenza d'un senso di colpa inconscio, e lo fa soffermandosi in particolare sui dettagli d'un caso clinico di cui, nella redazione precedentemente pubblicata su *La giustizia penale*, non aveva potuto parlare, non avendo ancora ricevuto l'autorizzazione del paziente. Come riassume Migliorino, « si trattava di un soggetto che era solito commettere 'in modo più o meno palese' piccoli furti e raggiri, sentendosene quasi sollevato, e nel frattempo sentiva il bisogno di tradirsi. In lui albergava un senso di colpa precedente, in cui si dava a vedere, con la sua amorevole e terrificata presenza, 'la viva rappresentazione della figura paterna'. I suoi comportamenti erano nient'altro che forme di autoaccusa per espiare una colpa, a lui del tutto ignota, che solo l'analisi avrebbe messo allo scoperto. Il giovane faceva di tutto perché 'il padre perdesse la fiducia riposta in lui' e, nel respingere la sua immagine possente e virile, la cercava per trovare una via d'uscita » (p. 52).

In tal modo, il confronto tra il discorso giuridico della responsabilità penale e quello psicoanalitico della logica della colpa⁽¹¹⁾ si sviluppa fin dall'inizio in Italia incentrandosi su un'inusitata complica-

⁽⁹⁾ Ivi, p. 651.

⁽¹⁰⁾ Cfr. E. WEISS, *Il delitto, conseguenza psicologica del bisogno di confessione*, in « Rivista italiana di psicoanalisi », I (1932), 2, pp. 167-175.

⁽¹¹⁾ Cfr. R. SPEZIALE BAGLIACCA, *Esiste una logica della colpa?*, in « Materiali per una storia della cultura giuridica moderna », XXVIII (1998), pp. 69-90. Cfr. anche ID., *Colpa. Considerazioni su rimorso, vendetta e responsabilità*, Roma, Astrolabio, 1997.

zione della temporalità, che finisce col problematizzare i presupposti naturalistici della *forma mentis* positivistica che, almeno su questo piano, erano del tutto convergenti con i presupposti razionalistici della *Denkform* idealistica.

In tal modo, però, attraverso il riferimento al capovolgimento della consequenzialità lineare di reato e senso di colpa, la prima ricezione della psicoanalisi nel mondo giuridico italiano toccava un punto nevralgico del freudismo, su cui ora è opportuno soffermarsi qualche istante.

La ragione ultima del senso di colpa inconscio è da ricondurre al postulato del parricidio del padre primigenio, di cui nessuno è immediatamente consapevole, poiché solo l'indagine psicoanalitica riesce a metterlo in luce. Allorché Freud ne parla nel 1913 in *Totem e Tabù*, svolgendo ciò che egli stesso avrebbe poi definito un « mito scientifico », viene immediatamente a galla un'analoga complicazione della linearità temporale. Infatti anche in questo caso salta la consecutività del rapporto di norma e trasgressione. L'incesto diventa tabù — viene proibito e sanzionato — *solo dopo* esser stato praticato dal padre primigenio, che teneva per sé tutte le femmine e cacciava via i figli maschi divenuti adulti. La legge che, proibendo l'incesto, istituisce la cultura e la società, nasce dalla sua trasgressione. Per questo motivo, esattamente questa legge fondamentale che l'antropologia considera *originaria*, tanto da far risalire ad essa l'istituzione dello spazio socio-culturale e la fuoriuscita di quest'ultimo dalla mera naturalità dominata dalla ricorrenza degli istinti biologici — proprio questa legge può guadagnarsi soltanto un'obbedienza che Freud non esita a definire *ritardata* o *differita* ⁽¹²⁾. In tal modo, la proibizione universale dell'incesto acquisterà solo *retroattivamente* il suo statuto d'origine della socializzazione, diventando a posteriori la prima e fondamentale legge di quest'ultima. Riassume Freud: « Ciò che prima egli [il padre violento e odiato] aveva impedito con la sua esistenza, i figli se lo proibirono ora spontaneamente nella situazione psichica della 'obbedienza posteriore [*nachträglich Gehorsam*]', che conosciamo così bene attraverso la psicoanalisi » ⁽¹³⁾.

Qui Freud applica all'emergere del divieto dell'incesto nel mondo umano, cioè nello spazio socio-culturale, di cui tale divieto costituisce l'origine, il medesimo meccanismo di « azione differita » del trauma, che la psicoanalisi, fin dai suoi esordi, aveva mostrato valere sul piano

⁽¹²⁾ Per maggiori dettagli su questo punto mi sia consentito rimandare a F. CIARAMELLI, *La proibizione dell'incesto come prima forma di socializzazione del desiderio*, in « Rivista di psicoanalisi », LXIII (2017), 2, pp. 465-471 e più in generale a F. CIARAMELLI, S. THANOPULOS, *Desiderio e legge*, Milano, Mursia, 2016.

⁽¹³⁾ S. FREUD, *Totem e tabù*, in OSF, VII, p. 147 (cfr. ID., *Totem und Tabu*, in *Gesammelte Werke*, vol. IX, Frankfurt a. M., Fischer, 1999, p. 175).

individuale della psiche singola, secondo quanto scriveva Freud nel *Progetto di una psicologia*: « Troviamo sempre che viene rimosso un ricordo, il quale è diventato un trauma solamente *più tardi* »⁽¹⁴⁾. In tal modo, fin dal 1895, Freud esclude fra trauma e sintomo una *consecutio temporum* diretta e lineare; al contrario, per lui è la rielaborazione psichica che a posteriori retroagisce sul senso degli eventi anteriori, fino a determinarne la potenzialità eventualmente patogena.

Torniamo, ai contributi che, su queste basi psicoanalitiche, Edoardo Weiss ha dato all'inizio degli anni Trenta alla criminologia e al diritto penale italiano, mettendo in discussione la linearità del rapporto tra reato e senso di colpa, e più radicalmente la consequenzialità del nesso norma-sanzione. Migliorino (p. 56 e ss.) insiste opportunamente sul fatto che il determinismo delle manifestazioni psichiche postulato da Freud e qui richiamato da Weiss, cioè la tesi della 'causalità' di queste ultime, risulti irriducibile al razionalismo e al naturalismo d'origine positivista. Infatti il determinismo psichico freudiano, proprio perché poggia sulle fondamenta dell'inconscio dinamico, allude a un sistema di forze che incidono sulla capacità di scelta dell'individuo, senza tuttavia annullarla. Ed è proprio su questo punto che, secondo Migliorino (p. 59), sono da « ridimensionare i limiti del sodalizio di Weiss con i redattori della rivista » (soprattutto Belloni e Piacentini), per i quali le teorie di Freud — in sintonia col naturalismo della cultura positivista — ribadivano l'inconcludenza del libero arbitrio, mentre al contrario per Weiss il modello di Freud andava tenuto ben distinto dal meccanicismo di marca positivista. Insomma, la psicoanalisi non escludeva affatto il principio della responsabilità, sul cui risveglio in definitiva faceva e fa affidamento l'intervento del terapeuta e sulla cui esistenza è possibile realizzare il confronto tra psicoanalisi e diritto.

In conclusione, domandandomi che cosa sia restato nella cultura giuridica italiana in età post-bellica di questo confronto risalente ai primi decenni del Novecento, vorrei riferirmi, a titolo di pura ipotesi e non certo di risposta esauriente a una domanda così complessa, ad uno spunto tratto da quella voluminosa e assai erudita « fenomenologia delle norme » che nel 1967 un allor giovane professore di procedura penale dell'Università Cattolica di Milano, incaricato dell'insegnamento di Filosofia del diritto, diede alle stampe col titolo *Gli osservanti* (il cui sottotitolo è appunto *Fenomenologia delle norme*). L'ipotesi che propongo è la seguente: in questo scritto — a causa del quale, com'è noto, il suo Autore, Franco Cordero, venne espulso dall'Università Cattolica — e nella voce « Diritto » apparsa pochi anni dopo nell'*Enciclopedia Einaudi*, il discorso teorico sulla dimensione normativa nasce da un radicale ripensamento della centralità — o meglio, da un radicale rifiuto — del rapporto lineare e razionale tra norma e sanzione, e prima ancora

(14) OSF, II, p. 256.

tra illecito e senso di colpa. Quest'ipotesi m'è suggerita dal fatto che il Cordero maturo si sia come compiaciuto di citare — in una delle sue tante affollatissime lezioni magistrali ⁽¹⁵⁾ — lo scritto di Isaac La Peyrère, apparso anonimo nel 1655, intitolato *I Preadamiti* ⁽¹⁶⁾, duramente condannato tanto dai cattolici quanto dai protestanti, il cui tema centrale è la preistoria della legge. In assenza della quale — ecco il punto — sia pur solo sotto l'aspetto materiale, esisteva tuttavia la trasgressione o la colpa. Nella sua *lectio magistralis* Cordero parla al riguardo di « *imputazione retroattiva* », invitando implicitamente a riscontrare in questa vera e propria « patologia della forma » la presenza *ante litteram* della *Nachträglichkeit* freudiana, introdotta in Italia — come ampiamente mostrato da Migliorino — da Edoardo Weiss nel suo dialogo con i penalisti *d'entre les deux guerres*.

Ma non è proprio una simile sporgenza originaria del dato materiale sulla forma giuridica alla base della disincantata e icastica constatazione, che si legge ne *Gli osservanti*, secondo la quale « le norme sono norme e non ragioni, sebbene ciascuna presupponga una ragione »? ⁽¹⁷⁾ Le norme — nella loro stessa originarietà — risultano, dunque, effetto d'una razionalizzazione posteriore. Ecco perché « al consolidamento del tessuto normativo » contribuiscono essenzialmente « i meccanismi introiettivi da cui proviene lo sviluppo della vita morale » ⁽¹⁸⁾. E qui, non a caso, ritorna il riferimento a Freud: infatti tra parentesi Cordero non può che citare i saggi freudiani degli anni Venti sulla cosiddetta psicoanalisi della cultura, alludendo implicitamente al ruolo fondamentale dell'inconscio all'origine della normatività.

⁽¹⁵⁾ F. CORDERO, *lectio magistralis* su *Teoria dei limiti: l'amorfo, le forme, stati perversi*, Festival della Filosofia, Roma, 2007, che si può ascoltare al seguente indirizzo elettronico <https://www.uninettuno.tv/Video.aspx?v=444>, e di cui si può leggere un estratto in « La Repubblica » del 12 maggio 2007.

⁽¹⁶⁾ I. LA PEYRÈRE, *I Preadamiti — Praeadamitae*, a cura di G. Lucchesini e P. Totaro, Macerata, Quodlibet, 2004.

⁽¹⁷⁾ F. CORDERO, *Gli osservanti. Fenomenologia delle norme*, Milano, Giuffrè, 1967, p. 168 (nella seconda edizione dell'opera, attualmente in commercio, Torino, Aragno, 2008, il brevissimo passo citato nel testo si legge a p. 183).

⁽¹⁸⁾ F. CORDERO, *Diritto*, in *Enciclopedia Einaudi*, a cura di R. Romano, vol. IV, Torino, Einaudi, 1978, p. 905.

BARTOLOMÉ CLAVERO

¿ES QUE NO HUBO GENOCIDIO EN LAS AMÉRICAS?

(A propósito de la historiografía sobre *settler genocide*,
comparativamente)

Many of us have survived the trauma of colonialism
and genocide ⁽¹⁾.

1. Entre el no, el quizás, el sí y el más todavía. — 2. Mundialización, vaciamiento y rehabilitación de la voz de genocidio. — 3. Una historia que se repite: Lemkin y su duplicidad como jurista y como historiador. — 4. Genocidio americano tras colonialismo hispano-mexicano: California y Texas. — 5. Debates comparados: Australia, Alemania y Estados Unidos como casos de *settler genocide*. — 6. De los genocidios pretéritos a las responsabilidades actuales, en particular las historiográficas. — 7. Presente con genocidio, pasado sin genocidio: derecho internacional y derecho de gentes. — 8. Por una descolonización cultural de la historiografía y de la jurología.

1. *Entre el no, el quizás, el sí y el más todavía.*

«I would not favor using the term genocide to describe the Spanish colonization project as a whole», es un descarte usual hoy, durante el último par de décadas, incluso en obras no centradas en la averiguación de datos relevantes para la calificación del efecto de desaparición o reducción drástica de pueblos que se entiende como genocidio cuando es intencionado. No se piense que el descarte responde a puro negacionismo, como fuera habitual hasta antes de que entrásemos en el siglo XXI, pues el caso es que suele también efectuarse, a estas alturas, por obras sensibles para con los efectos letales de

⁽¹⁾ *Indigenous Peoples as Subjects of International Law*, ed. Irene Watson, Nueva York, Routledge, 2018 (2017 como e-book), p. 1. Cierro la bibliografía a finales de noviembre de 2017, cuando realizo además una última visita de comprobación a los websites citados.

la invasión europea de América ⁽²⁾. Y no sólo ocurre para con el caso americano, pues la cuestión histórica del genocidio está hoy a la orden del día y a flor de piel.

Si tal evasiva nos dice de entrada algo, es que la sospecha de genocidio se cierne en efecto sobre la América colonial en particular y el colonialismo europeo en general. Desde la fecha emblemática de 1992, y frente a las pretensiones negacionistas de tanta celebración oficial, la sucesión de apelaciones sobre un posible genocidio plurisecular en las Américas por agencia de índole colonial está a la vista ⁽³⁾. Es desde entonces que tenemos en el terreno de la historiografía la cuestión no ya sólo del impacto exterminador de humanidad de la invasión europea, sino también la más específica de si el mismo constituye genocidio por la existencia de intencionalidad ⁽⁴⁾. Voy a ocuparme, respecto a las Américas, del caso de los pueblos indígenas, no extendiéndome al de la Maafa, el del tráfico de esclavitud desde África y de la afrodescendencia esclava y no esclava en el continente y sus archipiélagos ⁽⁵⁾.

⁽²⁾ Stephanie WOOD, *Transcending Conquest: Nahuatl View of Spanish Colonial Mexico*, Norman, University of Oklahoma Press, 2003, p. 152, y una alusión tan mínima, sin mayor argumentación ni ulterior elaboración, merece que el término *genocidio* aparezca en el índice de materias (p. 207).

⁽³⁾ *The State of Native America: Genocide, Colonization, and Resistance*, ed. M. Annette Jaimes, Boston, South End Press, 1992; Ward CHURCHILL, *A Little Matter of Genocide: Holocaust and Denial in the Americas, 1492 to the Present*, San Francisco, City Lights, 1997. Hubo denuncias de genocidio indígena a lo largo de Latinoamérica cuando los fastos de 1992, pero sin aportaciones de relevancia comparable.

⁽⁴⁾ David E. STANNARD, *American Holocaust: Columbus and the Conquest of the New World*, Nueva York, Oxford University Press, 1992 (paperback 1993, con subtítulo reducido: *The Conquest of the New World*), Parte II: « Pestilence and Genocide ». El primer planteamiento franco fue el de Russell THORNTON, *American Indian Holocaust and Survival: A Population History since 1492*, Norman, Oklahoma University Press, 1987, con reservas en cambio sobre la comisión estricta de genocidio.

⁽⁵⁾ STANNARD, *American Holocaust*, cit., Appendix II (pp. 269-181): « On racism and genocide »; Horace CHEEVES, Denise Nicole CHEEVES, *Legacy*, Victoria, Trafford, 2004, Introducción (pp. 1-60): « Maafa — African Holocaust »; Samuel TOTTEN, Paul R. BARTROP, *Dictionary of Genocide*, vol. II, M-Z, Westport, Greenwood, 2008, p. 397: voz « Slavery and Genocide »; Ana Lucia ARAÚJO, *Reparations for Slavery and Slave Trade: A Transnational and Comparative History*, Londres, Bloomsbury Academic, 2017. Aparte de que ahora se hable, como vamos a ver, de *settler genocide*, respecto al genocidio indígena no se ha acuñado un término como éste de la Maafa africana, el de Shoah para el genocidio nazi de judíos, el de Porrajmos para el genocidio nazi de roma-sinti o gitanos, o el de Holocausto para el caso genocida del nazismo en su integridad. Hay otras definiciones válidas por supuesto si el autor o la autora las explican y no se producen

La cuestión la tenemos en efecto sobre el tapete. En las obras de conjunto sobre el genocidio en la historia que se han publicado durante estos últimos años, el caso americano, de las diversas Américas, resulta ineludible ⁽⁶⁾. Se registran indicios, pero también se aprecian síntomas en contra de que existiera propiamente genocidio. Se trata en lo sustancial de constataciones referidas a mortandad no intencional, como si de muertes exclusivamente se tratara al hablarse de genocidio o como si no hubiera otras formas de hacer desaparecer a pueblos. Así se trata en concreto, a saber, de contagio epidémico, como si éste no fuera nunca deliberado ni evitable, y también de interés colonial por mantener a los indígenas, a ellos y ellas, con vida para servicios más o menos serviles de trabajo y para percepción de impuestos, como si el sometimiento a tales efectos, esclavitud incluida, no requiriese de un terror previo de alcance ya en sí genocida. Se argumenta a la contra siempre tal y como si la presencia colonial no pudiera haber sido reversible ante las primeras evidencias de sus efectos letales, efectos que nadie solvente niega hoy en día. Son argumentos bastante comunes. Con todo ello, no puede decirse que tengamos de entrada respuesta categórica. Y sigo refiriéndome a intervenciones sensibles, nada nega-

resultados de condonación u ocultación, como cuando se identifican Shoah y Holocausto.

⁽⁶⁾ William D. RUBINSTEIN, *Genocide: A History*, Londres, Pearson, 2004; Mark LEVENE, *Genocide and the Age of Nation-State*, vol. II, *The Rise of the West and the Coming of Genocide*, Londres, I.B. Tauris, 2005; Arthur GRENKE, *God, Greed, and Genocide: The Holocaust through the Centuries*, Washington, New Academia, 2005; Ben KIERNAN, *Blood and Soil: A World History of Genocide and Extermination from Sparta to Darfur*, New Haven, Yale University Press, 2007; *The Historiography of Genocide*, ed. Dan Stone, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2008; *Empire, Colony, Genocide: Conquest, Occupation, and Subaltern Resistance*, ed. A. Dirk Moses, Nueva York, Berghahn, 2008; *The Oxford Handbook of Genocide Studies*, eds. Donald Bloxham y A.D. Moses, Oxford, Oxford University Press, 2010; Norman M. NAIMARK, *Genocide: A World History*, Nueva York, Oxford University Press, 2017. Caso aparte es el de *The Routledge History of Genocide*, eds. Cathie Carmichael y Richard C. Maguire, Nueva York, Routledge, 2015, pues presta atención a la Península Ibérica hacia tiempos antiguos y no a la presencia española en América. No se trata del colonialismo hispano por entenderse que el genocidio es propio de la modernidad en *The Spectre of Genocide: Mass Murder in Historical Perspective*, eds. Robert Gellately y B. Kiernan, Cambridge, Cambridge University Press, 2003. Dígase lo propio de la bibliografía existente sobre el siglo XX como el siglo genocida, que constituye hoy el grueso de los *genocide studies* de planteamiento histórico, la cual además desatiende el caso de los pueblos indígenas de las Américas.

cionistas (7). Aunque esté ciertamente presente y en casos no poco agresivo, el negacionismo puro y duro se descalifica hoy por sí solo. Caso de constituir una amenaza, es asunto más de derecho que de historiografía (8).

Por los medios que aceptan la existencia de genocidio en las Américas, se produce últimamente una ampliación de la categoría por vía de retorsión. Lo habría incluso por parte de los colonizados como con los levantamientos de quechuas y aymaras contra españoles en la segunda mitad del siglo XVIII (9). No es una ocurrencia aislada. A partir de dicho mismo caso y extendiéndosele a otros supuestos de rebeliones indígenas por las Américas, se ha generado el concepto del *subaltern genocide* o genocidio de los oprimidos, como si los colonizados fueran genocidas sólo por intentar emanciparse mediante recurso a una clase terrorista de violencia aprendida al fin y al cabo de los colonizadores (10). En todo caso, hay incertezas, ¿quién puede ponerlo en duda? También se documenta el terror de la invasión española de las islas del Caribe y del continente sin hacerse cuestión de genocidio ni

(7) Alfred A. CAVE, *Genocide in the Americas*, en *The Historiography of Genocide*, cit., cap. 10 (pp. 273-295).

(8) Stephen E. ATKINS, *Holocaust Denial as an International Movement*, Westport, Praeger, 2009; *Genocide Denials and the Law*, eds. Ludovic Hennebel y Thomas Hochmann, Oxford, Oxford University Press, 2011; *Holocaust and Genocide Denial: A Contextual Perspective*, eds. Paul Behrens, Nicholas Terry y Olaf Jensen, Londres, Routledge, 2017, considerando no solo el caso nazi. Entre tipificar o no como delito el negacionismo pacífico y en contexto no violento, personalmente sintonizo con la postura expresada por William Schabas en el prefacio de *Genocide Denials and the Law*, p. XIII; « I find myself torn between the militant antiracism of punishing and a latent libertarianism that bristles at any attempt to muzzle expressions ». Poco seguramente sospecha este jurista que, como veremos, en su obra se contienen elementos de negacionismo, pacífico desde luego, lo que abunda en favor de la posición no penalizadora.

(9) Nicholas A. ROBINS, *Colonial Latin America*, en *The Oxford Handbook of Genocide Studies*, cit., cap. 15 (pp. 304-321).

(10) El mismo N.A. ROBINS, *Genocide and Millennialism in Upper Peru: The Great Rebellion of 1780-1782*, Westport, Praeger, 2002; Id., *Native Insurgencies and the Genocidal Impulse in the Americas*, Bloomington, Indiana University Press, 2005; Philippe R. GIRARD, *Caribbean Genocide: racial war in Haiti, 1802-1804*, en « Patterns of Prejudice », 39 (2005), 2, *Colonial Genocide*, pp. 138-161; N.A. ROBINS, *Symbolism and Subalternity: The 1680 Pueblo Revolt on New Mexico and the 1780-82 Andean Great Rebellion*, en *Genocide by the Oppressed: Subaltern Genocide in Theory and Practice*, eds. Id. y Adam Jones, Bloomington, Indiana University Press, 2009, cap. 1 (pp. 25-46).

por agencia del invasor ni, ¿cómo se podría?, por la del invadido que presentase resistencia ⁽¹¹⁾.

Entre quienes detectan con facilidad genocidios de signo incluso opuesto, sigue entendiéndoseles sustancialmente como casos de despliegue de violencia y provocación de mortandad sin ulterior cualificación. Es lo común. Tal laxitud de la noción habremos de despejarla. Y no dejemos de señalar que el genocidio por el colonizado se construye sobre el supuesto de la existencia del genocidio por el colonizador ⁽¹²⁾. Estamos así para esta parte de la historiografía ante una inflación de genocidios que no parece de ayuda para el esclarecimiento del panorama. Y no será, como vamos a ver, el único factor inflacionario ni la única réplica tampoco.

Procedamos. Voy a centrarme en aquella historiografía sobre genocidio que se ha renovado notablemente en la última década y pico, entrado el siglo XXI, dejando atrás a la anterior no menos o incluso más meritoria ⁽¹³⁾. No sólo habremos de mirar a las Américas. Y tendremos

⁽¹¹⁾ Antonio ESPINO, *La conquista de América. Una revisión crítica*, Barcelona, RBA, 2013, cap. 2 (e-book, posiciones 1248-2880): « Las prácticas aterradoras de la conquista », destacando que los invasores recurrirían a la mutilación antes que a la masacre para hacer patente el coste de la resistencia; en palabras de cronistas de la propia parte colonialista: « es un género de castigo que para los indios es el más conveniente y no matarlos, porque los vivos olvidan a los muertos como en todas partes se usa y, quedando uno vivo y de esta suerte castigado, a todos los que lo ven se le representa el delito »; « los hizo cortar las manos y colgar al cuello las cabezas de los muertos, y que assi los soltassen y dexassen ir a sus tierras para ir cargados de cabezas ajenas y sin manos propias, y assi contasen sus propios males y dixiesen a los suyos que escarmen-tassen en cabeza ajena »; con un toque crítico: « hacían en ellos crueldades indignas de cristianos, cortando a unos las manos, a otros los pies, a otros las narices y orejas y carrillos »; « haciendo algunas crueldades en las mujeres, como era cortarles los brazos, pechos y otras partes de sus cuerpos sin atender al detrimento de las criaturas que amamantaban ni a la piedad que profesa la ley de Jesucristo »; o sin crítica ni ironía: « cortaban las manos y narices a los prisioneros para que la impiedad se publicase en toda la tierra y aprendiesen los indios esta piadosa clemencia de los cristianos »; y con ironía: « quitó muchas vidas, y a todos los prisioneros las manos y narices porque éstos echasen de menos los dedos para sonarse el catarro ».

⁽¹²⁾ *Empire, Colony, Genocide*, cit., sección III: « Subaltern Genocide ».

⁽¹³⁾ El año clave de la eclosión renovadora fue 2008, con la publicación en el mismo año de *The Historiography of Genocide*, cit.; *Empire, Colony, Genocide*, cit., o *Genocide*, ed. A. Jones, vol. II, *Genocide in History*, Thousand Oaks, SAGE, 2008, nada de lo cual pude aprovechar en mi también coetáneo *Genocide or Ethnocide, 1933-2007: How to Make, Unmake, and Remake Law with Words*, Milán, Giuffrè, 2008. Alexander Laban HINTON, *Critical Genocide Studies*, en « Genocide Studies and Prevention: An International Journal », 7 (2012), 1, pp. 4-15, arranque: « Over the last two decades, the

que ocuparnos de cuestiones generales referentes a memoria e historiografía, a historia y justicia, y a responsabilidades de la investigación histórica ⁽¹⁴⁾. De lo que no se trata es de colacionar registros sobre la calificación como genocidio de los efectos de la irrupción hispana en América, lo que está dicho desde antes de 1992 ⁽¹⁵⁾.

2. *Mundialización, vaciamiento y rehabilitación de la voz de genocidio.*

Tenemos ahora historias mundiales del genocidio en las que la presencia del caso americano es relevante. Se comienza por tiempos antiguos para recalcar pronto en la *Spanish Conquest* de América. Ahí tenemos el cuadro de una invasión con la suficiente capacidad militar prácticamente por sí sola de imponerse sobre pueblos indígenas provocando la mayor mortandad habida en los anales de la historia ⁽¹⁶⁾. Para esto segundo ha de reconocerse que hay más base histórica que para lo primero. En el relato de una conquista sobre supuestos de superioridad de poder irrefrenable se pierde la compleja historia de relaciones del invasor con pueblos indígenas en términos ya de cooperación militar e intercambio cultural, ya de formas de sometimiento no

interdisciplinary field of genocide studies has dramatically expanded and matured. Genocide studies no longer stands in the shadow of Holocaust studies... », datando antes la renovación porque la observa desde que se desarrolla el estudio otros genocidios además del nazi, mientras que yo miro al desenvolvimiento de una historiografía del genocidio distintamente colonial. En el gozne entre una y otra fase: *Annihilating Difference: The Anthropology of Genocide*, ed. A.L. Hinton, Berkeley, University of California Press, 2002, Parte I: «Modernity's Edges: Genocide and Indigenous Peoples ».

⁽¹⁴⁾ Para noticia de una larga fase primera de los estudios sobre genocidio, que ya consideraba esta serie de cuestiones, *Pioneers of Genocide Studies*, eds. S. Totten y Steven Leonard Jacobs, Londres, Routledge, 2002. Sólo haré la excepción del pionero de los pioneros, Raphael Lemkin, porque la obra que dejara inédita se está recuperando con esta misma renovación y porque su concepción del genocidio sigue encerrando un interés superior al de muchas de las variantes posteriores. Sobre gentes de todas las fases, *Fifty Key Thinkers on the Holocaust and Genocide*, eds. P.R. Bartrop y S.L. Jacobs, Londres, Routledge, 2011, aun faltando exponentes de los estudios sobre *settler genocide* que nos van a interesar.

⁽¹⁵⁾ Tzvetan TODOROV, *La Conquista de América. El problema del otro*, México, Siglo XXI, 1987, p. 14: « el mayor genocidio de la historia humana ». La edición original francesa es de 1982.

⁽¹⁶⁾ KIERNAN, *Blood and Soil: A World History of Genocide*, cit., cap. 2 (pp. 72-100): « The Spanish Conquest of the New World, 1492-1600 »; NAIMARK, *Genocide: A World History*, cit., cap. 3 (pp. 34-47): « The Spanish Conquest ».

reducidas a la fuerza bruta, lo que en último término, a la larga, resulta más efectivo (17). En fin, la historiografía global del genocidio no está trayendo una buena historia al tender a ignorar particularidades y especificidades. Tampoco, al recorrer linealmente casos de lo más heterogéneos, contribuye a la clarificación de la categoría misma de genocidio (18).

La más reciente historia global del genocidio, tras tratar la conquista española de América, se ocupa de lo que denomina *settler genocide*, el genocidio cometido por colonizadores (19), tomando el calificativo de la categoría historiográfica de *settler colonialism*, colonialismo de asentamiento. Es una expresión ya bastante asentada en el ámbito de lengua inglesa (20). Sintomáticamente, no conoce todavía ni traducción acuñada en español. Cabe preguntarse por qué el caso hispano no suele incluirse como una especie, con todas sus peculiaridades, del colonialismo de asentamiento (21). El interés de hacerlo

(17) Ya que está citada y puesto que la historiografía a este efecto es hoy abundante, baste remitirse a WOOD, *Transcending Conquest: Nabua View of Spanish Colonial Mexico*, cit. Lo cual no debe en todo caso hacer que desaparezca de la vista la situación colonial de base: *The Settler Complex: Recuperating Binarism in Colonial Studies*, ed. Patrick Wolfe, Los Angeles, American Indian Studies Center, 2016.

(18) Ya lo advertía D. BLOXHAM, *The Great Game of Genocide: Imperialism, Nationalism, and the Destruction of the Ottoman Armenians*, Nueva York, Oxford University Press, 2005, « Interlude: The Genocide in Context » (pp. 97-111).

(19) NAIMARK, *Genocide: A World History*, cit., cap. 4 (pp. 48-64): « Settler Genocides ».

(20) En *Colonialism and Genocide*, eds. A.D. Moses y D. Stone, Nueva York, Routledge, 2007, todavía no tiene un uso relevante, aunque ya operaba a pleno empleo en *Genocide and Settler Society: Frontier Violence and Stolen Indigenous Children in Australian History*, ed. A.D. Moses, Nueva York, Berghahn, 2004. La categoría procede de la antropología: P. WOLFE, *Settler Colonialism and the Transformation of Anthropology: The Politics and Poetics of an Ethnographic Event*, Londres, Cassell, 1999. La conexión entre colonialismo y genocidio ya la subrayó, y no sólo, Leo KUPER, *Genocide: Its Political Use in the Twentieth Century*, Londres, Penguin, 1981, pero sin provocar entonces un desarrollo historiográfico.

(21) Comienza a hacerse, pero sin acabar de comprender ni calificar al entero sistema colonial hispano con su continuidad en la posindependencia: Ignacio MARTÍNEZ, *Settler colonialism in New Spain and early Mexican Republic*, y Michael GOEBEL, *Settler colonialism in postcolonial Latin America*, en *The Routledge Handbook of the History of Settler Colonialism*, eds. Edward Cavanagh y Lorenzo Veracini, Londres, Routledge, 2017, caps. 8 (pp. 109-124) y 10 (pp. 139-152). Para una reflexión historiográfica de radio más amplio, B. CLAVERO, *Europa y su diáspora. Debates sobre colonialismo y derecho*, Santiago de Chile, Olejnik, 2016, cap. 1 (pp. 17-91): « ¿Naciones imperiales o Imperios sin fronteras? ».

procede de que, a propósito de la historia del *settler colonialism*, una historia que suele referirse principalmente a casos no hispanos, se está produciendo la reflexión y la elaboración más renovadoras con relación al genocidio (22). Llega al punto de entender que el colonialismo de asentamiento, en el que habría por supuesto que incluir el caso hispano, es poco menos que intrínseca y necesariamente genocida. De encontrarnos en la historia ante quienes, de la forma que fuese, se apropiaran de territorios y recursos de otros pueblos, ahí hay que investigar la posibilidad de genocidio: « *Settler colonialism is inherently eliminatory but not invariably genocidal* » (23).

¿Qué diferencia media entre lo eliminatorio y lo genocida? En la literatura que venimos visitando, junto al concepto de genocidio entendido esencialmente como eliminación física de pueblos o intento deliberado de conseguirla, suele aparecer una noción complementaria, la de etnocidio o « genocidio » cultural, genocidio entre comillas, como el resto de lo eliminatorio, esto es, la puesta en riesgo de desaparición de pueblos por medios no sanguinarios y menos intencionados. El caso americano pertenecería más al segundo supuesto, el etnocida, que al primero, el genocida (24). Se da con todo esto por hecho, cuando no se pasa a explicarlo, que tal disociación se deduce de la actual tipificación del genocidio por el derecho internacional como crimen de eliminación física o perpetrado por políticas que pueden conducir a tal resultado. El etnocidio en cambio se cometería sobre pueblos cuyos sujetos físicamente subsisten aunque acaben los mismos igualmente desapareciendo en cuanto que entidad colectiva.

Alguna base puede que se tenga para la distinción entre genocidio y etnocidio, pero en el campo del derecho no existe una tal delimitación de perfiles que puedan decirse nítidos, ya no digamos en otros ámbitos (25). Sobre todo no hay en el derecho internacional una tipificación de un delito de etnocidio como complementaria o alternativa a la del genocidio. Tampoco es que acabe de entenderse bien que la historio-

(22) L. VERACINI, *Colonialism and Genocides: Notes for the Analysis of the Settler Archive*, en *Empire, Colony, Genocide*, cit., cap. 6 (pp. 148-161).

(23) P. WOLFE, *Settler Colonialism and the Elimination of the Native*, en « *Journal of Genocide Research* », 8 (2006), 4, pp. 387-409, cita en el párrafo de arranque; ID., *Structure and Event: Settler Colonialism, Time, and the Question of Genocide*, en *Empire, Colony, Genocide*, cit., cap. 4 (pp. 102-132).

(24) Distanciándose de esa y otras ocurrencias usuales que llama de « *hyphenated genocides* » o x-cidios adicionales al genocidio sin más, WOLFE, *Settler Colonialism and the Elimination of the Native*, cit., p. 402.

(25) CLAVERO, *Genocide or Ethnocide*, cit., cap. 5 (pp. 77-88): « *Rome, 1988 / The Hague, 2002: The Missed Opportunity to Reassess the Description of a Crime among Crimes* ».

grafía haya de atenerse a una conceptualización jurídica de época posterior a la estudiada, así anacrónica ⁽²⁶⁾. A esto regresaremos con más conocimiento de causa.

3. *Una historia que se repite: Lemkin y su duplicidad como jurista y como historiador.*

Todo esto no constituye una historia tan nueva. En realidad, son cuestiones que ya se suscitaron cuando, a mediados del siglo XX, se acuñó el concepto de genocidio. Interesa considerarlo de por sí y también porque vino desde temprano a plantearse su aplicación al caso de las Américas. Como es bien sabido, un término tan extraño por combinar un étimo griego (*genos*, una entre otras gentes) con uno latino (*occidere*, matar o eliminar) fue criatura de un jurista judío-polaco exiliado en Estados Unidos, Raphael Lemkin ⁽²⁷⁾. Lo creó en 1944 con su obra *Axis Rule in Occupied Europe*. Ahí propone los términos de genocidio y etnocidio (*ethnos* también como gente o pueblo en griego), entendiendo que ambos han de significar lo mismo. Menos sabido es, pues no suele recordarse, que la eliminación física directa ocupa un lugar un tanto secundario en esta primera concepción del genocidio. El acento se pone en todo el despliegue de políticas contrarias a la entidad cultural, a la continuidad generacional y al asentamiento territorial de pueblos con la finalidad de hacerlos desaparecer en cuanto tales, no siempre recurriendo a la eliminación física en masa ⁽²⁸⁾. En definitivas cuentas, inventando ambos términos, Lemkin en *Axis Rule* miraba más a lo que luego se ha calificado como etnocidio que a lo que habría de

⁽²⁶⁾ Deborah MAYERSEN-HARRIS, *Defining genocide: Defining history?*, en « Eras Online Journal », 1 (2001), 1, art. 2.

⁽²⁷⁾ Como vida paralela con otros exponentes de su tiempo, inclusive personas de la propia familia del autor y allegados, y de sus intereses (Hersch Lauterpacht...) o de los opuestos (Hans Frank...), Philippe SANDS, *East West Street: On the Origins of Genocide and Crimes Against Humanity*, Londres, Weidenfeld and Nicolson, 2016, cap. 4 (pp. 141-190): « Lemkin ».

⁽²⁸⁾ Raphaël LEMKIN, *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation — Analysis of Government — Proposals of Redress* (1944), Clark, Lawbook Exchange, 2005, con introducción de Samantha POWER, quien ha contribuido a la recuperación de Lemkin desde su « *A Problem from Hell* »: *America in the Age of Genocide*, Nueva York, Basic Books, 2003, pero sin cuidar los pormenores que estoy subrayando. Aunque no se haya reconocido durante las décadas en las que el autor estuvo olvidado, *Axis Rule* ha sido, hasta la publicación de Mark MAZOWER, *Hitler's Empire: Nazi Rule in Occupied Europe*, Londres, Allen Lane, 2008, la obra más incisiva sobre el gobierno nazi de Europa, bien que con el defecto serio de tratarlo como si hubiera sido algo propio del pueblo alemán como tal, sin prestarle atención al nacionalsocialismo.

acabar entendiéndose por genocidio. Por medio hubo novedades apuntando a la disociación ⁽²⁹⁾.

La primera y principal es la de la adopción en 1948 por parte de Naciones Unidas de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio asumiendo más el término que el concepto de Lemkin. Ahora el acento recae en el exterminio físico intencional, aunque no de forma absoluta, pues queda algún elemento de la concepción cultural del genocidio como, principalmente, el de políticas de privación de cultura propia, indígena, a la infancia y la juventud ⁽³⁰⁾. El proyecto de la Convención incluía una variedad de elementos del genocidio cultural en la línea de la concepción de Lemkin, personalmente comprometido con su elaboración, pero fueron en su mayoría suprimidos ⁽³¹⁾. La razón del cambio no se ocultó. Estados americanos, secundados por los europeos todavía coloniales, argumentaron que la configuración cultural del genocidio penalizaba las políticas « civilizatorias » dirigidas a los pueblos indígenas. Señalemos que el jurista hoy más acreditado en esta materia registra tal razón de modo como si le pareciera plausible ⁽³²⁾. Así se han venido estableciendo unas pautas

⁽²⁹⁾ CLAVERO, *Genocide or Ethnocide*, cit., cap. 2 (pp. 29-44): « Washington, 1944: Two Original Names for One Old Offense, Genocide and Ethnocide »; DOUGLAS IRVIN-ERICKSON, *Raphäel Lemkin and the Concept of Genocide*, Filadelfia, University of Pennsylvania Press, 2017, cap. 3 (pp. 70-111): « Writing Axis Rule in Occupied Europe, 1939-1944 ».

⁽³⁰⁾ W. CHURCHILL, *Kill the Indian, Save the Man: The Genocidal Impact of American Indian Residential School*, San Francisco, City Lights, 2004, subrayando desde un inicio que el supuesto histórico se comprende en la actual tipificación internacional del delito de genocidio; ANDREW WOOLFORD, *This Benevolent Experiment: Indigenous Boarding Schools, Genocide, and Redress in Canada and the United States*, Lincoln, University of Nebraska Press, 2015, ubicándolo en el mismo contexto genocida: cap. 2 (pp. 21-46): « Settler Colonial Genocide in North America »; TAMARA STARBLANKET, 'Kill the Indian in the child': *genocide in international law*, en *Indigenous Peoples as Subjects of International Law*, cit., cap. 8 (pp. 172-201).

⁽³¹⁾ JOHN COOPER, *Raphael Lemkin and the Struggle for the Genocide Convention*, Nueva York, Palgrave Macmillan, 2008, cap. 6 (pp. 88-110): « 1947, the first draft of the Convention »; D. IRVIN-ERICKSON, *Raphäel Lemkin and the Concept of Genocide*, cap. 6 (pp. 152-196): « The United Nations Years, 1946-1948 »; MARK LEWIS, *The Birth of the New Justice: The Internationalization of Crime and Punishment, 1919-1950*, Oxford, Oxford University Press, 2014, cap. 7 (pp. 181-228): « The Genocide Convention: The Gutting of Preventative Measures, 1946-48 ».

⁽³²⁾ WILLIAM A. SCHABAS, *Genocide in International Law: The Crime of Crimes*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, pp. 184-185; guardando coherencia, descarta de plano el genocidio americano (p. 257: « genocide was not committed by the United States against the aboriginal population », con la sola alegación de la obra de otro

que, a efectos prácticos, pueden llegar a inhabilitar la propia penalización del genocidio ⁽³³⁾. Entre derecho que introduce conceptos e historiografía que los asume no siempre de forma controlada, siguen estorbando. El caso de la concepción del genocidio es paradigmático de un juego de puntos ciegos entre derecho e historia con responsabilidades compartidas entre ellas y no exclusivas suyas ⁽³⁴⁾. A esto habré de regresar cuando trate de tal asunto, quiero decir de unas responsabilidades.

Tras la Convención, Lemkin siguió en la brecha con momentos de contradicción, desdoblándose de forma que enflaquecía o engordaba a conveniencia a su criatura, el concepto de genocidio ⁽³⁵⁾. Públicamente, para promover la ratificación de la Convención por los Estados y a fin de tranquilizarles, exponía una idea del genocidio como algo extraordinario por consistir en la eliminación física deliberada de grupos humanos o el intento de consumarla, con el ejemplo prácticamente único del genocidio nazi ⁽³⁶⁾. Privadamente, aun con fines de publicación que no logró en vida, emprendió una historia mundial del genocidio como si fuera un hecho recurrente en el pasado de la humanidad con resalte de una serie de genocidios cometidos durante la conquista de América por España ⁽³⁷⁾. Lemkin, el propio inventor del concepto,

jurista). Dadas las evidencias históricas y su ignorancia voluntaria, he ahí una forma de negacionismo común entre gentes de derecho respecto a ese y otros genocidios coloniales. Si no queda en evidencia, es por el uso doctrinal de entenderse a sí mismos como autoridades intelectuales por encima de la investigación social con la cual no se dignan debatir o ni darse siquiera por enterados.

⁽³³⁾ Caroline FOURNET, *The Crime of Destruction and the Law of Genocide: The Impact on Collective Memory*, Londres, Routledge, 2007.

⁽³⁴⁾ B. CLAVERO, *Delito de genocidio y pueblos indígenas en el derecho internacional*, en *Los Aché del Paraguay. Discusión de un genocidio*, eds. Alejandro Parellada y Lourdes Beldi, Copenhague, International Work Group for Indigenous Affairs, 2008, pp. 23-42, y el volumen entero desde luego.

⁽³⁵⁾ Sobre la trastienda de sus contradicciones mayores por intentar reinventarse a sí mismo en el exilio, revelando a un primer Lemkin desconocido hasta ahora, James LOEFFLER, *Becoming Cleopatra: The forgotten Zionism of Raphael Lemkin*, en «Journal of Genocide Research», 19 (2017), 3, pp. 340-360.

⁽³⁶⁾ COOPER, *Raphael Lemkin and the Struggle for the Genocide Convention*, cit., cap. 12 (pp. 173-188): «The International Campaign for the Ratification of the Convention».

⁽³⁷⁾ Michael A. McDONNELL, A.D. MOSES, *Raphael Lemkin as historian of genocide in the Americas*, en *The Origins of Genocide: Raphael Lemkin as a historian of mass violence*, eds. Dominik J. Schaller y Jürgen Zimmerer, Londres, Routledge, 2009, cap. 4 (pp. 57-86); *Lemkin on Genocide*, ed. S.L. Jacobs, Lanham, Lexington Books, 2012, cap. 25: «Latin America», cap. 26: «Genocide against the Aztecs», cap. 27:

consideró así la existencia de una categoría de genocidio colonial que no sólo se reduciría al caso español. El colonialismo ya estimó que podía guardar una fuerte vinculación con el genocidio en la historia ⁽³⁸⁾, aunque su posición al respecto fuese públicamente ambigua por mor de conseguir que los Estados coloniales ratificasen la Convención, si no también por el fondo de un racismo inconsciente tan común entre los mismos juristas que estaban promoviendo un nuevo derecho internacional ⁽³⁹⁾.

Con todo ello, no parece tan nuevo el reciente desarrollo historiográfico. O de hecho realmente lo resulta en la medida en la que la historia del genocidio de Lemkin quedó inacabada e inédita y sólo se ha recuperado en algo por dicho desarrollo último. Y en todo caso, perdido incluso por él mismo, su concepto original del genocidio como de índole cultural incluyendo el exterminio físico está hoy difícilmente a la vista. Merece que se le rescate ante la misma confusión actual de conceptos entre genocidio y otros, bastantes, neologismos, no sólo el de etnocidio, sino también democidio, politicidio, clasicidio y un etcétera que vienen restringiendo el espacio semántico de un delito tipificado, como lo sea el de genocidio, sin que ninguno de esos otros términos sirvan ni a menudo pretendan servir para nuevas tipificaciones penales ⁽⁴⁰⁾. En una inflación de cidios cada vez más alejada de la propuesta de Lemkin, porque no quede ni siquiera ha faltado, entre genocidio y etnocidio, la ocurrencia de indigenocidio ⁽⁴¹⁾.

« Yucatan », cap. 28: « The case of the Spanish in the Peru of the Incas », reproduciéndose tan sólo este último por más completo (pp. 379-401) entre lo que quedara inacabado e inédito. Los capítulos lo son del índice previsto por Lemkin.

⁽³⁸⁾ John DOCKER, *Are Settler Colonies Inherently Genocidal? Re-reading Lemkin*, en *Empire, Colony, Genocide*, cit., cap. 3 (pp. 81-101).

⁽³⁹⁾ D.J. SCHALLER, *Raphael Lemkin's View of European Colonial Rule in Africa: Between Condemnation and Admiration*, en *The Origins of Genocide*, cit., pp. 87-94.

⁽⁴⁰⁾ Martin SHAW, *What is Genocide?* (2007), edición muy revisada, Cambridge, Polity Press, 2015, p. VIII: después de la primera edición, « recent work has involved much fuller examination of the ideas of Raphael Lemkin, which stand at the heart of this book »; cap. 5 (pp. 66-83): « The 'Cleansing' Euphemism »; cap. 6 (pp. 84-100): « The Many 'Cides' of Genocide ». A mi juicio, su parte primera constituye la mejor introducción disponible, por lo que expresaré en su momento mis reservas. El autor se ha enfocado hacia el estudio de los genocidios del siglo XX: M. SHAW, *Genocide and International Relations: Changing Patterns in the Transitions of the Late Modern World*, Nueva York, Cambridge University Press, 2013; Id., *What is Genocide?*, cit., cap. 10 (pp. 169-191): « Structural Contexts: Explaining Modern Genocide ».

⁽⁴¹⁾ Raymond EVANS, « *Crime Without a Name* »: *Colonialism and the Case for "Indigenocide"*, en *Empire, Colony, Genocide*, cit., cap. 5 (pp. 133-147). Como etnocidio: S. TOTTEN, William S. PARSONS, Robert K. HITCHCOCK, *Confronting Genocide and*

En línea restrictiva, la misma historia del genocidio de Lemkin tiende a centrarse en la destrucción y la muerte con relativo descuido de la dimensión más cultural. Lo dicho sobre las deficiencias de la actual historiografía mundial del genocidio vale también a su respecto ⁽⁴²⁾. Desde el momento en que el genocidio no sólo se refiere al exterminio físico, sino también y ante todo a culturas, políticas y prácticas que promueven la eliminación o minoración de pueblos, según el concepto sustancialmente propuesto en *Axis Rule* por Lemkin ⁽⁴³⁾, la historia lineal es una mala idea porque ignora y cancela la discontinuidad de dichas mismas culturas, políticas y prácticas. Para analizar, en su caso, el genocidio en las Américas, los términos de referencia no conviene que sean genocidios anteriores o posteriores, sino el contexto cultural, político y social propio del colonialismo europeo y de sus secuelas tras la constitución de Estados independientes por el mismo contingente colonial. No es así que la historiografía sobre ni mucho menos. Es que debe comenzar por ser más sincrónica que diacrónica. La lección de Lemkin vale más para la conceptualización del genocidio que para el emprendimiento de su historia.

4. *Genocidio americano tras colonialismo hispano-mexicano: California y Texas.*

Dicho de otro modo, procede, como en todo, primero la averiguación de los hechos y sólo luego la calificación de los resultados o, si se quiere poner también en estos términos, la tipificación de las conductas acreditadas por la investigación. Se tiene el ejemplo de este proceder historiográfico precisamente para la historia del genocidio en las Américas o, más concretamente, para la que toca a los Estados Unidos. Es una indagación cuidadosa la que ha conducido a la conclusión de que hay genocidio en la expansión del *settler colonialism* hacia el oeste, a todo lo ancho del subcontinente norteamericano, no sólo porque se produjeran masacres, sino también porque se dieron unas políticas oficiales y, en mayor medida, unas prácticas sociales dirigidas

Ethnocide of Indigenous Peoples, en *Annihilating Difference*, cit., pp. 54-94. Como genocidio, Elazar BARKAN, *Genocides of Indigenous Peoples*, en *The Spectre of Genocide*, cit., pp. 117-139.

⁽⁴²⁾ Para otras evaluaciones menos sumarias, arrancando con el homenaje a Lemkin y su historia, Mohamed ADHIKARI, Cathie CARMICHAEL, A. JONES, Shruti KAPILA, N.M. NAIMARK, Erik D. WEITZ, *Genocide Global and/or World History: Reflections*, a publicarse en «Journal of Genocide Research», 19 (2017), 4, anticipado online.

⁽⁴³⁾ *Lemkin on Genocide*, cit., Parte I (pp. 2-54): «Introduction to the Study of Genocide», para una elaboración del concepto por Lemkin ya no atendida tan sólo ni primordialmente al caso nazi.

deliberadamente a la reducción drástica o a la eliminación sin más de pueblos indígenas resistentes a la colonización. Es un caso de laboratorio para la comprobación de cómo el colonialismo de asentamiento, si no puede decirse que sea intrínsecamente genocida, es caldo de cultivo del genocidio. Éste en todo caso se prueba, no se presume, a efectos no sólo, en su caso, judiciales o de otra forma reparativos, sino también historiográficos ⁽⁴⁴⁾.

En los Estados Unidos, el capítulo más estudiado interesa al colonialismo hispano, pues es el de California. He ahí la sala del laboratorio donde se ha documentado mejor no sólo el exterminio de pueblos indígenas por el colonialismo de asentamiento, sino también la formación de una virulenta cultura social llanamente genocida con pleno respaldo oficial por parte de autoridades locales y del Estado, no siempre de la Federación ⁽⁴⁵⁾. El genocidio californiano cuando se consume es en la segunda mitad del siglo XIX, tras la incorporación de la Alta California a los Estados Unidos, pero el colonialismo hispano y mexicano habían creado las condiciones e incluso recorrido un tramo. No hay discontinuidad, porque hubiera diferencias, entre unos colonialismos de asentamiento, el hispano y todo el resto variopinto del europeo ⁽⁴⁶⁾.

El estudio a conciencia de otro caso también procedente del colonialismo hispano y mexicano, el de Texas, aun encontrándose ante el exterminio de enteros pueblos indígenas, extrae la conclusión contraria de que no se cometió genocidio ⁽⁴⁷⁾. Se trataría en cambio de

⁽⁴⁴⁾ Walter L. HIXSON, *American Settler Colonialism: A History*, Nueva York, Palgrave Macmillan, 2013; *Colonial Genocide in Indigenous North America*, eds. Andrew Woolford, Jeff Benvenuto y A.L. Hinton, Durham, Duke University Press, 2014.

⁽⁴⁵⁾ Brendan C. LINDSAY, *Murder State: California's Native American Genocide, 1846-1873*, Lincoln, University of Nebraska Press, 2012; Benjamin MADLEY, *An American Genocide: The United States and the California Indian Catastrophe*, New Haven, Yale University Press, 2016; «Journal of Genocide Research», 19 (2017), 1, pp. 133-163, *Book Forum* sobre B. Madley, *An American Genocide*.

⁽⁴⁶⁾ MADLEY, *An American Genocide*, cit., cap. 1 (pp. 16-41): «California Indians before 1846». Del mismo Madley también interesan, comparativamente, *Patterns of Frontier Genocide, 1803-1910: The Aboriginal Tasmanians, the Yuqui of California, and the Herero of Namibia*, en «Journal of Genocide Research», 6 (2004), 2, pp. 167-192; *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; *Tactics of Nineteenth-Century Colonial Massacre: Tasmania, California and Beyond*, en *Theaters of Violence: Massacre, Mass Killing and Atrocity throughout History*, eds. Philip G. Dwyer y Lyndall Ryan, Nueva York, Berghahn, 2012, pp. 110-125.

⁽⁴⁷⁾ Gary Clayton ANDERSON, *Texas: Ethnic Cleansing in the Promised Land, 1820-1875*, Norman, University of Oklahoma Press, 2005.

«limpieza étnica», lo que sería otra cosa, algo igualmente gravísimo, pero no tanto como para merecer dicho otro calificativo ⁽⁴⁸⁾. Esta categoría de limpieza étnica, popularizada desde que se aplicara, para eludir la cuestión de genocidio, a la quiebra sangrienta de Yugoslavia en los años noventa del siglo pasado ⁽⁴⁹⁾, se emplea ahora no sólo para Texas, sino para los Estados Unidos en su conjunto con la misma finalidad de evasión de un calificativo penalmente tipificado por otro que no responde a tipo penal alguno. La sustitución se produce incluso considerándose que los hechos documentados siguen revistiendo la mayor de las gravedades en términos materialmente criminales ⁽⁵⁰⁾. Se podía entonces haber elegido la calificación de crimen contra la humanidad, tipificado ahora, desde 1998, por el Estatuto de la Corte Penal Internacional, pero no es así. Se opta por un calificativo que carece de tipificación penal. Como sustituto de genocidio que no plantea los problemas de la calificación jurídica o más sencillamente para ampliar el radio de visión, ha de reconocerse que el éxito historiográfico de la categoría de limpieza étnica está siendo realmente notable. El juego de intercambio entre este par de conceptos no resulta en modo alguno inocente ⁽⁵¹⁾.

Si la gravedad no se reduce por el cambio de denominación, pareciera que nos encontrásemos ante un espectáculo de logomaquia. «The American genocide debate is in part the struggle to define a word», ha podido justamente escribirse ⁽⁵²⁾. Un efecto reflejo de la

⁽⁴⁸⁾ John HAGAN, Todd J. HAUGH, *Ethnic Cleansing as Euphemism, Metaphor, Criminology, and Law*, en *Forging a Convention for Crimes Against Humanity*, ed. Leila Nadya Sadat, Nueva York, Cambridge University Press, 2011, pp. 177-201. SHAW, *Genocide and International Relations*, cit., p. 21: «the adjective 'mere' or 'only' is usually implicit» cuando se habla de *ethnic cleansing*.

⁽⁴⁹⁾ Drazen PETROVIC, *Ethnic Cleansing: An Attempt at Methodology*, en «European Journal of International Law», 5 (1994), pp. 342-359. Para SHAW, *What is Genocide?*, cit., p. 68, el primer reparo frente a la adopción del sintagma es ético: «Could a perpetrator euphemism be converted into a neutral descriptive term, let alone a legal and social scientific concept?».

⁽⁵⁰⁾ G.C. ANDERSON, *Ethnic Cleansing and the Indian: The Crime that Should Haunt America*, Norman, University of Oklahoma Press, 2014.

⁽⁵¹⁾ Significativos por elevar la limpieza étnica al título compareciendo luego el genocidio como especie suya, N.M. NAIMARK, *Fires of Hatred: Ethnic Cleansing in Twentieth-Century Europe*, Cambridge, Harvard University Press, 2001; Michael MANN, *The Dark Side of Democracy: Explaining Ethnic Cleansing*, New York, Cambridge University Press, 2005.

⁽⁵²⁾ B. MADLEY, *Reexamining the American Genocide Debate: Meaning, Historiography and New Methods*, en «American Historical Review», 120 (2015), 1, pp. 98-139 (p. 107).

opción por la expresión de limpieza étnica, al necesitarse justificación, es el de restringir el alcance del concepto de genocidio hasta límites sin respaldo posible en el derecho: « For genocide to occur, it must be a concerted effort to kill large numbers of peoples or indeed to annihilate a given people » por parte de « a legitimate government ». No habría genocidio en otro supuesto, sino, si acaso, limpieza étnica. Tan odioso es lo uno como lo otro, pero lo segundo no sería genocidio, lo más grave entre todo lo grave se entiende. Y es en el derecho donde intenta encontrarse respaldo para este aparentemente gratuito desdoblamiento de categorías historiográficas ⁽⁵³⁾.

A estas alturas, ante las evidencias, están operando unas últimas líneas de resistencia. Se niega la intencionalidad de la mortandad indígena que es precisa para la calificación de genocidio aun a riesgo de hacer inverosímil la propia narración. Resulta una forma de negacionismo ni puro ni duro, pues hay sensibilidad respecto a la desaparición de pueblos y culturas, pero es selectiva entre evidencias ⁽⁵⁴⁾. En todo caso, con sólo lo visto, no cabe decir que hoy exista amnesia historiográfica, como tampoco antropológica, porque ciertamente la haya social, política o incluso jurídica ⁽⁵⁵⁾. Hay memoria ciertamente, bien que muy irregular dependiendo de tiempos y, sobre todo, tipos de

⁽⁵³⁾ ANDERSON, *Ethnic Cleansing and the Indian*, cit., Introducción (pp. 3-22): « Definition of Genocide, Crime against Humanity, Ethnic Cleansing, and World Crimes in Modern World History », restando de paso importancia a que la limpieza étnica no constituya un tipo penal como los otros porque « historians and journalists commonly apply it when analyzing world events of both the past and the present » (pp. 7 y, para la cita en el texto, 13).

⁽⁵⁴⁾ Alex ALVAREZ, *Native America and the Question of Genocide*, Lanham, Rowman and Littlefield, 2014, cap. 8 (pp. 159-167): « What's in a Name ». El autor figura en el cuadro de honor de *Fifty Key Thinkers on the Holocaust and Genocide*, eds. P.R. Bartrop y S.L. Jacobs, hasta tal punto el *settler genocide* suele todavía quedar fuera del campo de visión de la especialidad un tanto ensimismada que hoy forman los *genocide studies*. Anderson reseña con aprecio, como no podía ser menos, la obra de A. Alvarez en « Holocaust and Genocide Studies », 31 (2017), 1, pp. 137-138.

⁽⁵⁵⁾ E.N. ANDERSON, Barbara A. ANDERSON, *Warning Signs of Genocide: An Anthropological Perspective*, Lanham, Lexington Books, 2013; Chris Mato NUNPA, *Historical Amnesia: The "Hidden Genocide" and Destruction of the Indigenous Peoples of the United States*, en *Hidden Genocides: Power, Knowledge, Memory*, eds. A.L. Hinton, Thomas La Pointe y D. Irvin-Erickson, New Brunswick, Rutgers University Press, 2014, cap. 5 (pp. 96-108). La sensibilidad antropológica para con el genocidio no ha sido muy anterior a la historiográfica: A.L. HINTON, *The Dark Side of Modernity: Toward an Anthropology of Genocide*, en *Annihilating Difference*, cit., cap. 1 (pp. 1-40).

genocidio, con el colonial todavía como el más postergado por lo usual ⁽⁵⁶⁾.

5. *Debates comparados: Australia, Alemania y Estados Unidos como casos de settler genocide.*

Gratis no tiene que ser por completo el negacionismo más o menos solapado de genocidio cuando es tanto el empeño que se pone. Por su causa, colateralmente, si no se genera, al menos se potencia un efecto positivo. Los debates negacionistas sobre casos distintos al del genocidio nazi nos sitúan en el terreno de la comparación con un pie de entrada que no tiene por qué ser ni mejor ni peor que el de abordaje más directo usual, el que resulta lastrado al tomar como punto de partida y de referencia dicho caso tenido por paradigmático del Holocausto ⁽⁵⁷⁾. Comienza éste por no ser el primero en la historia. Desde una perspectiva historiográfica, lo que ha de proceder al mismo propósito comparativo es atenerse a una secuencia cronológica, tratando de entender lo posterior por lo anterior y no al contrario; así, el genocidio nazi a partir del genocidio colonial y no a la inversa. Aquí contamos con la ventaja de habernos ya introducido en el caso del *settler genocide*. Partamos entonces de su negacionismo.

El supuesto australiano ilustra al máximo. Cuando en su ámbito académico comenzaron a admitirse las evidencias flagrantes de genocidio, sectores solventes de la historiografía, por reconocer los hechos, no dejaron de cuestionar la calificación, tal como si fuera « an indelible stain », un desdoro nacional ⁽⁵⁸⁾. El negacionismo simple tampoco ha faltado, con cierto éxito popular incluso, pero desde sectores no

⁽⁵⁶⁾ <http://www.inogs2016.org/Program>, magno congreso de la *International Network of Genocide Scholars* en Jerusalén a finales de junio de 2016 con amplísimo despliegue de cuestiones y presencia mínima del *settler genocide* no debida enteramente al boicot que afrontó la iniciativa por la sede de la reunión.

⁽⁵⁷⁾ Practicando la comparación entre genocidios del siglo XX, SHAW, *Genocide and International Relations*, cit., cap. 2 (pp. 28-47), « Fallacies of the comparative genocide paradigm », pone de relieve el sesgo imperante por procederse así, a partir del caso del Holocausto, de forma explícita o, más a menudo, implícita, lo que facilita además el negacionismo de otros casos. Lo entiende en cambio de un modo positivo Jeffrey C. ALEXANDER, *On the Social Construction of Moral Universals: The 'Holocaust' from War Crime to Trauma Drama*, en « *European Journal of Social Theory* », 5 (2002), 1, pp. 5-85, p. 80: « a touchstone of evil (the Holocaust) does not preclude but rather invites comparisons ».

⁽⁵⁸⁾ Henry REYNOLDS, *An Indelible Stain? The Question of Genocide in Australian History*, Ringwood, Viking, 2001; Id., *History of Tasmania*, Melbourne, Cambridge University Press, 2012, cap. 4.

profesionales de la historiografía ⁽⁵⁹⁾. Ante todo esto, respecto a Australia se ha desarrollado la investigación y la reflexión más vivas tanto sobre lo que sea o no sea genocidio como acerca de la justicia de reconocerlo por la sencilla razón de que quienes descienden de las víctimas siguen hoy sufriendo efectos de las políticas y las prácticas genocidas del pasado, aun suponiendo que éstas ya hayan desaparecido por completo ⁽⁶⁰⁾. Ha habido reconocimientos oficiales de errores pretéritos de cara a los pueblos indígenas que padecieron colonialismo, pero no en términos de identificarlos y asumirlos como genocidio. De haber responsabilidades en el presente por el pasado, están desde luego pendientes en Australia como en los Estados Unidos o como en el resto de las Américas ⁽⁶¹⁾.

Sería interesante que en las comparaciones entrase el colonialismo hispano, pero, aunque el tema esté desde luego presente, no hay en su

⁽⁵⁹⁾ Keith WINDSCHUTTLE, *The Fabrication of Aboriginal History*, Paddington, Macleay, 2003-2009, vol. 1, *Van Diemen's Land 1803-1847*, vol. 3, *The Stolen Generations 1881-2008*. Confróntese *Whitewash: On Keith Windschuttle's Fabrication of Aboriginal History*, ed. Robert Manne, Melbourne, Black, 2003; Tony TAYLOR, *Denial: History Betrayed*, Carlton, Melbourne University Press, 2008, cap. 6 (pp. 174-209): «Failing the Scholarly Test: The Australian Denial and the Art of Pseudohistory».

⁽⁶⁰⁾ Tony BARTA, *Relations of Genocide: Land and Lives in the Colonization of Australia*, en *Genocide and the Modern Age: Etiology and Case Studies of Mass Death*, eds. Isidor Wallimann y Michael N. Dobkowski, Westport, Greenwood Press, 1987, pp. 237-251; Alison PALMER, *Colonial genocide*, Adelaida, Crawford House, 2000; Andrew MARKUS, *Genocide in Australia*, en «Aboriginal History», 25 (2001), pp. 57-69; T. BARTA, *Decent Disposal: Australian Historians and the Recovery of Genocide*, en *The Historiography of Genocide*, cit., cap. 11 (pp. 296-322); Ann CURTHOYS, *Genocide in Tasmania: The History of an Idea*, en *Empire, Colony, Genocide*, cit., cap. 10 (pp. 229-252); I. WATSON, *Aboriginal Peoples, Colonialism and International Law: Raw Law*, Nueva York, Routledge, 2015, cap. 6 (pp. 110-144): «Dressed to kill».

⁽⁶¹⁾ A. CURTHOYS, Ann GENOVESE, Alexander REILLY, *Rights and Redemption: History, Law and Indigenous Peoples*, Sidney, University of New South Wales Press, 2008, cap. 5 (pp. 108-133): «Judicial historiography and the question of genocide»; Norbert FINZSCH, «The aborigines... were never annihilated, and still they are becoming extinct»: *Settler Imperialism and Genocide in Nineteenth-Century America and Australia*, en *Empire, Colony, Genocide*, cit., cap. 11 (pp. 253-270); Tom LAWSON, *The Last Man: A British Genocide in Tasmania*, Londres, I.B. Tauris, 2014; J. 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; Jesse SHIPWAY, *The Memory of Genocide in Tasmania, 1803-2013: Scars on the Archive*, Londres, Palgrave Macmillan, 2017.

historiografía un debate similar que ofrezca base para la operación ⁽⁶²⁾. Por América Latina la misma consideración de genocidio llega a dirigirse más a dictaduras recientes que a exterminios pretéritos ⁽⁶³⁾. Otras comparaciones tenemos a través del espacio y del tiempo, como la que busca las conexiones entre el genocidio nazi y el genocidio americano o más concretamente el de los Estados Unidos. El mismo nazismo tomaba como ejemplo su política hacia los pueblos indígenas, lo que no merece mucho crédito por supuesto. Lo que ha de tenerlo es, sin género de duda, la investigación histórica que comprueba la relación efectiva entre racismo americano, racismo alemán y sus formas respectivas de operar ⁽⁶⁴⁾, así como, sobre todo, entre algunos de los procedimientos que se activan en uno y en otro caso para la puesta en

⁽⁶²⁾ ESPINO, *La conquista de América*, cit., se basa para su historia de la violencia y el terror de la invasión en el testimonio de las crónicas de parte colonial sin acudir a visión indígena ni al contraste y la averiguación de lo acontecido sobre el terreno. Un mero acercamiento también ha sido el mío: B. CLAVERO, *Genocidio y justicia. La Destrucción de las Indias ayer y hoy*, Madrid, Marcial Pons, 2002; Id., *¿Hay genocidios cotidianos? Y otras perplejidades sobre América indígena*, Copenhague, International Work Group for Indigenous Affairs, 2011, cap. 1 (pp. 12-19): « El genocidio de América ante la Corte de la Muerte ».

⁽⁶³⁾ En Argentina, igual que en Chile, se tiene más presente la imputación a dichas dictaduras que a un caso más evidente y de mayor envergadura como sea el indígena: Mirta MANTARAS, *Genocidio en Argentina*, Buenos Aires, Cooperativa Chilavert, 2005; Daniel FEIERSTEIN, *El genocidio como práctica social. Entre el nazismo y la experiencia argentina*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2007; para Cuba se observan otras masacres más que la indígena: John Lawrence TONE, *War and Genocide in Cuba, 1895-1898*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 2006; y así en más casos: *State Violence and Genocide in Latin America: The Cold War Years*, eds. Marcia Esparza, Henry R. Huttenbach, y D. Feierstein, Londres, Routledge, 2009. Aun intentándose cubrir todos los genocidios o similares, se contempla para Latinoamérica el caso político más que el indígena: SHAW, *Genocide and International Relations*, cit., pp. 118-119: « Anti-leftist genocide: Latin America ». En Argentina existe desde 2004 una Red de Investigadorxs (sic, con la equis para incluir más de un género) en Genocidio y Política Indígena que tiene anunciada la publicación de *En el País de Nomeacuerdo. Archivos y memorias del genocidio del Estado argentino sobre los pueblos originarios, 1870-1950*. Sobre Chile veremos que ha habido un instante efímero de reconocimiento oficial de genocidio indígena.

⁽⁶⁴⁾ Stefan KÜHL, *The Nazi Connection: Eugenics, American Racism, and German National Socialism*, Nueva York, Oxford University Press, 1994; James Q. WHITMAN, *Hitler's American Model: The United States and the Making of Nazi Race Law*, Princeton, Princeton University Press, 2017.

práctica del genocidio sobre el terreno ya americano, ya europeo ⁽⁶⁵⁾. Euroamérica y Europa no andan tan lejos.

Puede de esto choque a quienes tienen la idea simplificada del genocidio nazi como tarea poco menos que exclusiva de campos de exterminio a escala industrial, lo que ciertamente le singulariza ⁽⁶⁶⁾. Sin embargo, antes de que dicha forma de exterminio masivo se pusiera en funcionamiento, se desarrollaron en el este de Europa otras políticas y prácticas genocidas que guardan efectivamente una inquietante relación con lo que entonces resulta el precedente americano. Atrevámonos a comparar ⁽⁶⁷⁾. Al fin y al cabo, el originario proyecto nazi sobre el este de Europa era colonial, de *settler colonialism* precisamente ⁽⁶⁸⁾. No es el americano el único precedente por supuesto. Lo hay también, no

⁽⁶⁵⁾ Carroll P. KAKEL, III, *The American West and the Nazi East: A Comparative and Interpretative Perspective*, Londres, Palgrave Macmillan, 2011; Jens-Uwe GUETTEL, *The US frontier as rationale for the Nazi East? Settler colonialism and genocide in Nazi-occupied Eastern Europe and the American West*, en «Journal of Genocide Research», 15 (2013), 4, pp. 401-419; Edward B. WESTERMANN, *Hitler's Ostkrieg and the Indian Wars: Comparing Genocide and Conquest*, Norman, University of Oklahoma Press, 2016. La referencia estadounidense para toda comparación la sienta ahora HIXSON, *American Settler Colonialism: A History*, cit.

⁽⁶⁶⁾ *Is the Holocaust Unique? Perspectives on Comparative Genocide*, ed. Alan S. Rosenbaum, Boulder, Westview, 1997; *Problems Unique to the Holocaust*, ed. Harry James Cargas, Lexington, University Press of Kentucky, 1999. La singularidad absoluta del Holocausto ya la cuestionaba desde la perspectiva del genocidio americano STANNARD, *American Holocaust*, cit. El debate ha proseguido (GRENKE, *God, Greed, and Genocide*, cit.), aunque es más propio de años anteriores a la renovación de la historiografía gracias a la categoría del *settler genocide*. Mas el Holocausto sigue entendiéndose como caso único al tratarse de negacionismo: Germán M. TERUEL, *La lucha del Derecho contra el negacionismo. Una peligrosa frontera*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015, como muestra.

⁽⁶⁷⁾ Lilian FRIEDBERG, *Dare to Compare: Americanizing the Holocaust*, en «American Indian Quarterly», 24 (2000), 3, pp. 353-389. En el desarrollo reciente de la historiografía la comparación sobre todo se ha practicado por aquella que se ocupa del siglo XX como siglo genocida colacionándose usualmente los casos de Armenia, Alemania, Camboya, Bosnia y Ruanda. De su mayor parte podemos prescindir aquí.

⁽⁶⁸⁾ Christopher R. BROWNING, *The Origins of the Final Solution: The Evolution of Nazi Jewish Policy, September 1939-March 1942*, Lincoln, University of Nebraska Press, 2004; J. ZIMMERER, *The birth of the 'Ostland' out of the spirit of colonialism: a postcolonial perspective of the Nazi policy of conquest and extermination*, en «Patterns of Prejudice», 39 (2005), 2, *Colonial Genocide*, pp. 197-219; Timothy SNYDER, *Bloodlands: Europe between Hitler and Stalin*, Nueva York, Basic Books, 2010, caps. 6-8; C.P. KAKEL, III, *The Holocaust as Colonial Genocide: Hitler's 'Indian Wars' in the 'Wild East'*, Londres, Palgrave Macmillan, 2013; Thomas KÜHNE, *Colonialism and the Holocaust:*

menos relevante y bastante más inmediato, del propio colonialismo alemán por otros continentes como África, con el genocidio herero y nama, y Asia, con la participación militar de Alemania en el genocidio armenio ⁽⁶⁹⁾. Merece también señalarse, ya que tocamos el caso, que no todo el colonialismo alemán había sido genocida con anterioridad al genocidio nazi ⁽⁷⁰⁾, como no es *settler genocide* desde luego todo el Holocausto ⁽⁷¹⁾. Mas, como la misma comparación revela, nada de ello impugna el fuerte nexo histórico entre colonialismo y genocidio ⁽⁷²⁾.

Ya que estamos comparando, ¿qué decir del *subaltern genocide* en comparación con el *settler genocide*? Se pretende, como ya sabemos, que los pueblos indígenas resistentes al colonialismo hispano pudieron llegar a la comisión de genocidio contra los españoles por resistirse violentamente a su dominio. Y tal ocurrencia se ha convertido incluso en una categoría general para ese y otros colonialismos enfrentados a resistencia indígena ⁽⁷³⁾. Nadie negará que las víctimas pueden en casos

Continuities, Causations, and Complexities, en «Journal of Genocide Research», 15 (2003), 3, pp. 339-362.

⁽⁶⁹⁾ Isabel V. HULL, *Absolute Destruction: Military Culture and the Practices of War in Imperial Germany*, Ithaca, Cornell University Press, 2005, cubriendo ambos genocidios; *German Colonialism: Race, the Holocaust, and Postwar Germany*, eds. Volker Langbehn y Mohammad Salama, Nueva York, Columbia University Press, 2011; D.J. SCHALLER, "Every Herero Will Be Shot": *Genocide, Concentration Camps, and Slave Labor in German South-West Africa*, en *Forgotten Genocides: Oblivion, Denial, and Memory*, ed. René Lemarchand, Filadelfia, University of Pennsylvania Press, 2011, cap. 3 (pp. 51-70); Taner AKÇAM, *The Young Turks' Crime Against Humanity: The Armenian Genocide and Ethnic Cleansing in the Ottoman Empire*, Princeton, Princeton University Press, 2012. En su centenario, planteé un debate sobre el negacionismo del genocidio armenio: <http://www.bartolomeclavero.net/?p=602>.

⁽⁷⁰⁾ George STEINMETZ, *The Devil's Handwriting: Precoloniality and the German Colonial State in Qingdao, Samoa, and South West Africa*, Chicago, University of Chicago Press, 2007, sin descuidar en la comparación el genocidio herero y nama del tercer caso, el de la actual Namibia.

⁽⁷¹⁾ Muy en especial la fase última de la Shoah judía desborda absolutamente el marco del *settler genocide*, pero, como advierte al respecto SHAW, *What is Genocide?*, cit., p. 56, «we cannot teleologically reread the earlier phases under the rubric of the final phase». Y es en las primeras fases donde se da la conexión.

⁽⁷²⁾ Pretende lo contrario Robert MELSON, *Critique of Current Genocide Studies*, en «Genocide Studies and Prevention: An International Journal», 6 (2011), 3, pp. 279-286.

⁽⁷³⁾ Recuérdese: ROBINS, *Native Insurgencies and the Genocidal Impulse in the Americas*, cit.; *Genocide by the Oppressed: Subaltern Genocide in Theory and Practice*, cit. Sobre el caso que dio origen a la categoría, el del levantamiento quechua y aymara de 1780-1782 como ya sabemos, contrástese Sinclair THOMSON, *We Alone Will Rule: Native*

convertirse en verdugos hasta el punto de incurrir en genocidio (74), pero de aquí a crear una categoría que ignore la situación de riesgo genocida generada por el *settler colonialism*, colonialismo establecido, tendiendo a su ocultación o a su condonación, hay un largo trecho. Y caben, entre los mal dichos subalternos, genocidios poscoloniales con concurrencia de responsabilidades coloniales viejas y nuevas (75). Puede además sospecharse que por la teoría del *subaltern genocide* ronda el espectro de conflictos más recientes cual el congoleño-belga, el argelino-francés o sobre todo, como presente, el palestino-israelí, a vueltas con la retorsión de la imputación (76), como si el riesgo de genocidio lo representaran los colonizados contra los colonizadores. La ubicación centra las cosas (77). El mismo Israel resulta otro caso de *settler colonialism*, de colonialismo de establecimiento contemporáneo con todas sus peculiaridades por supuesto (78).

Andean Politics in the Age of Insurgency, Madison, University of Wisconsin Press, 2002; Sergio SERULNIKOV, *Subverting Colonial Authority: Challenges to Spanish Rule in Eighteenth-Century Southern Andes*, Durham, Duke University Press, 2003; Charles F. WALKER, *The Tupac Amaru Rebellion*, Cambridge, Belknap, 2014.

(74) Mahmood MAMDANI, *When Victims Become Killers: Colonialism, Nativism, and the Genocide in Rwanda*, Princeton, Princeton University Press, 2001; Ian TALBOT, *The 1947 Partition of India*, en *The Historiography of Genocide*, cit., cap. 16 (pp. 420-437); D. MAYERSEN-HARRIS, *On the Path to Genocide: Armenia and Rwanda Reexamined*, Nueva York, Berghahn, 2014, Parte II, la de Ruanda.

(75) Arthur Jay KLINGHOFFER, *The International Dimension of Genocide in Rwanda*, Londres, Palgrave Macmillan, 1998; Linda MELVERN, *A People Betrayed: The Role of the West in Rwanda's Genocide* (2000), edición actualizada, Nueva York, Zed, 2009.

(76) http://www.genocidewatch.org/images/Iran-IAGS_Resolution.pdf, emisión de alarma en 2006, por parte de la *International Association of Genocide Scholars*, de «genocidal intent» liderado por Irán contra Israel. M. SHAW, *Palestine in an International Historical Perspective on Genocide*, en «Holy Land Studies», 9 (2010), 1, pp. 1-25, comenzando por la imputación de propósito genocida a los palestinos; ID., Omer BARTOV, *The Question of Genocide in Palestine, 1948: an exchange*, en «Journal of Genocide Studies», 12 (2010), 3-4, pp. 243-259, debatiendo la imputación a Israel; M. SHAW, *Palestine and Genocide: An International Historical Perspective Revisited*, en «Holy Land Studies», 12 (2013), 1, pp. 1-8, recapitulando.

(77) Ilan PAPPÉ, *The Ethnic Cleansing of Palestine*, Oxford, Oneworld, 2006; Nur MASALHA, *The Palestine Nakba: Decolonising History, Narrating the Subaltern, Reclaiming Memory*, Londres, Zed, 2012; *Apartheid in Palestine: Hard Laws and Harder Experiences*, ed. Ghada Ageel, Alberta, University of Alberta Press, 2016.

(78) L. VERACINI, *Israel and Settler Society*, Londres, Pluto, 2006; ID., *Interacting Imaginaries in Israel and the United States*, en *Edward Said: The Legacy of a Public Intellectual*, eds. Ned Curthoys y Debjani Ganguly, Carlton, Melbourne University

Hay casos y casos. La comparación va rindiendo. Viniendo a radicar unos genocidios, como el americano, el australiano y hasta el europeo del nazismo, en sus respectivos contextos históricos, la historiografía del *settler genocide*, esta verdadera renovación historiográfica, rinde mucho más que la historia mundial del genocidio o las historias igualmente globales de la limpieza étnica. Lo que en éstas segundas tiende a desvanecerse cobra cuerpo en aquella primera. Mientras que una, la mundializadora, tiende a desculturalizar la historia del genocidio, la otra, la localizadora, hace por situar los genocidios en las culturas que los facilitan, si no es incluso que los fomentan. Ésta es la que puede analizar y explicar. Es la que también se muestra capaz de identificar mejor la propia existencia de genocidios en la historia no sólo como provocación de mortandad, sino también y ante todo como expoliación de la cultura, el territorio y los recursos, inclusive los genéticos, que sustentan a un pueblo, lo más definitorio de la categoría misma de genocidio, incluyendo el físico, como ya nos consta.

Interesa la historiografía sobre el *settler genocide* y no menos lo hace la de estudios concienzudos de casos. Ocurre así tanto en Australia como en América. Téngase en especial presente la investigación sobre California. No sólo documenta un resultado de mortandad, sino que también identifica y analiza la cultura social y la acción política que lo impulsan en el contexto de un *settler colonialism* intensificado. Marca un camino ⁽⁷⁹⁾. No estoy con todo esto impugnando las grandes narrativas, que a veces además se remansan competentemente en análisis no globales, sino requiriendo la localización como imprescindible fase previa a empeños más ambiciosos. Los historiadores no generales, como los del derecho cual es mi caso, tenemos más razones

Press, 2007, cap. 13 (pp. 293-312); I. PAPPÉ, *Zionism as Colonialism: A Comparative View of Diluted Colonialism in Asia and Africa*, en « South Atlantic Quarterly », 107 (2008), 4, pp. 611-633, marcando peculiaridades. Es un factor el israelí que interfiere seriamente en los estudios sobre genocidio: Amos GOLDBERG, Thomas J. KEHOE, A.D. MOSES, Raz SEGAL, M. SHAW, *Israel Charny's Attack on the Journal of Genocide Research and its Authors: A Response*, en « Genocide Studies and Prevention: An International Journal », 10 (2016), 2, pp. 3-19.

⁽⁷⁹⁾ También como recordatorio: LINDSAY, *Murder State*, cit.; MADLEY, *An American Genocide*, cit. En Australia el caso mayor estudiado es también el de genocidio más flagrante, el de Tasmania: LAWSON, *The Last Man*, cit.; DOCKER, *A plethora of intentions*, cit.; SHIPWAY, *The Memory of Genocide*, cit. Para comparación entre California y Tasmania, MADLEY, *Patterns of Frontier Genocide*, cit., y *Tactics of Nineteenth-Century Colonial Massacre*, cit. La *plethora of intentions*, no sólo los indicios, se documenta de sobra en ambos casos extremos, tanto en California como en Tasmania.

que las gremiales para sentir recelos ante mundializaciones y globalismos ⁽⁸⁰⁾.

6. *De los genocidios pretéritos a las responsabilidades actuales, en particular las historiográficas.*

En Australia se ha reaccionado contra la constatación de genocidio tomándola como « an indelible stain », una especie de desdoro nacional si tomamos nación en el sentido de ciudadanía colonodescendiente. ¿Esto explica el rechazo que hemos visto también en los Estados Unidos y que, comúnmente mediante el silencio, podemos dar por hecha para otras latitudes de las Américas? Algo hay, pero no parece que sea el factor explicativo del negacionismo. Más significativo resulta el empeño en sustituir genocidio por limpieza étnica saliéndose así del campo tipificadamente penal. ¿Cómo puede esto pesar en la historiografía cuando es un asunto de derecho? Precisamente, pues la calificación de genocidio puede tener un efecto que no alcanza la de limpieza étnica. Ya nos consta ⁽⁸¹⁾. Es de la primera y no de la segunda de la que se deducen unas responsabilidades jurídicas por encima de la suma de delitos individuales que se cometan en unos o en otros casos.

En el derecho internacional actual hay sobrados precedentes sobre la depuración de unas responsabilidades que, aunque ya no puedan ser penales, cabe que sean no sólo morales, sino también económicas o de otra forma reparativas ⁽⁸²⁾. Se admita o no por parte de la historiografía, no se trata solamente de una cuestión suya, de un

⁽⁸⁰⁾ B. CLAVERO, *Gracia y derecho entre localización, recepción y globalización*, en *Europa y su diáspora*, cit., cap. 3 (pp. 133-228), debatiendo con otro historiador del derecho, António Manuel Hespanha.

⁽⁸¹⁾ Para mayor abundamiento, CLAVERO, *Genocide or Ethnocide*, cit., cap. 6 (pp. 89-110): « Before and After Genocide: Crimes with No Names Save Ethnocide and Holocaust ».

⁽⁸²⁾ E. BARKAN, *The Guilt of Nations: Restitution and negotiating historical injustices*, Baltimore, John Hopkins University Press, 2000, Parte II: « Colonialism and its Aftermath », cap. 7 (pp. 159-168): « 'First Nations' Renaissance: Indigenous Groups and the Pluralistic Model », comprendiéndose a Latinoamérica; Janna THOMPSON, *Taking Responsibility for the Past: Reparation and Historical Injustice*, Cambridge, Polity Press, 2002, cap. 7 (pp. 101-112): « The Rights of Descendants »; Francis Njubi NESBITT, *Coming to Terms with the Past: The Case for a Truth and Reparations Commission on Slavery, Segregation and Colonialism*, en *Genocide, War Crimes and the West: History and Complicity*, ed. A. Jones, Londres, Zed, 2004, pp. 361-379. Para un caso que ha comparecido, Jeremy SARKIN, *Colonial Genocide and Reparations Claims in the 21st Century: The Socio-Legal Context of Claims under International Law by the Herero against Germany for Genocide in Namibia, 1904-1908*, Westport, Praeger, 2008.

mero asunto de investigación histórica ⁽⁸³⁾. Lo es del derecho por igual y en concurrencia, tampoco por separado, dadas las responsabilidades de pasado que pudieran tener de presente los Estados tanto europeos como americanos de cara a la humanidad superviviente o descendiente de las víctimas del genocidio del caso. Y quien dice Estado puede decir Iglesia u otro género de corporaciones que puedan todavía guardar alguna relación de sucesión con agentes genocidas en la historia ⁽⁸⁴⁾.

« Possible cases of genocide are worth investigating for many reasons, but three stand out. Decency demands that even long after the deaths of the victims, we preserve the truth of what befell them, so that their memory can be honored and the repetition of similar crimes deterred. Justice demands that even long after the perpetrators have vanished, we document the crimes that they and their advocates have too often concealed, denied, or suppressed. Finally, historical veracity demands that we carefully examine the Native American demographic catastrophe, in all its varied aspects and causes, in order to better understand formative events in both Native American and United States history » ⁽⁸⁵⁾. Habría de añadirse una cuarta razón, en realidad primera.

Me refiero a la susodicha de depuración de las responsabilidades pendientes y de las actuaciones necesarias al efecto. De este modo nos

⁽⁸³⁾ Tratando de desplazamiento forzoso, un asunto debatido como genocidio porque la Convención lo postergó, Howard ADELMAN, E. BARKAN, *No Return, No Refuge: Rites and Rights in Minority Repatriation*, Nueva York, Columbia University Press, 2011, p. 27: « The definitional issue has become the subject of heated scholarly and political debate. So has the controversy over whether the means of colonial expansion in North America over several centuries constituted genocide or not. The course and resolution of such a debate has a dramatic impact on the role history plays in contemporary politics ». Lo de Norte América cabe para toda la del Sur de Río Grande, pero ésta no suele estar a la vista a este efecto, lo que es al cabo responsabilidad de la historiografía.

⁽⁸⁴⁾ Como miembro a la sazón del Foro Permanente de Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas, en el noveno periodo de sesiones, 2010, sostuve un debate con el representante de la Santa Sede, conforme al estatus de observador de que goza la Iglesia católica en la organización internacional, acerca de sus responsabilidades por el genocidio americano aunque sólo fuera por « la disposición » pontificia de la que nos va a hablar enseguida, en próxima nota, Emer de Vattel. No se respondió de forma negacionista, sino alegándose, para la exención de responsabilidad, el transcurso de un espacio de siglos, frente a lo que argüí que el derecho canónico católico no conoce ese efecto eximente del mero transcurso del tiempo. Para el genocidio americano no hay nada equivalente a Daniel Jonah GOLDHAGEN, *A Moral Reckoning: The Role of the Catholic Church in the Holocaust and Its Unfulfilled Duty to Repair*, Nueva York, Alfred A. Knopf, 2002, aunque sin necesidad de erigirse en juez como tiende a hacer este autor.

⁽⁸⁵⁾ MADLEY, *Reexamining the American Genocide Debate*, cit., pp. 133-134.

encontraríamos ante un cuarteto de derechos: el derecho a la verdad, el derecho a la justicia, el derecho a la reparación y el derecho a las garantías de no repetición. Son derechos de nueva generación. Están emergiendo con fuerza entre las instancias de derechos humanos de las Naciones Unidas. Pueden justamente fundamentarse en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en vigor desde 1976, el principal desenvolvimiento normativo de la Declaración Universal de Derechos Humanos (86). Ésta se adoptó por la Asamblea General de Naciones Unidas por las mismas fechas que la Convención sobre el Genocidio y bajo idéntica hipoteca colonial, la cual está, con todo, superándose a duras penas (87).

Si hay un derecho a la reparación, la obligación de satisfacerlo corresponde ante todo a los Estados sucesores de las entidades genocidas tanto en Europa como sobre el terreno, también así, en su caso, a los Estados americanos, aunque ni unos ni otros estén muy dispuestos a reconocer genocidios (88). Si hay un derecho a la verdad como algo además lógicamente previo al derecho a la justicia y al derecho a la reparación, sobre la historiografía recae una especial responsabilidad. No debe erigirse en juez (89). No es éste nunca su papel. Sin embargo,

(86) <http://www.ohchr.org/SP/Issues/TruthJusticeReparation/Pages/Index.aspx>, sitio del Relator Especial del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre Promoción de la Verdad, Justicia, Reparación y Garantías de No Repetición, que de momento está bregando con casos más cercanos.

(87) B. CLAVERO, *Derecho global. Por una historia verosímil de los derechos humanos*, Madrid, Trotta, 2004.

(88) Hay una excepción muy limitada y que ha caído además en saco roto. En Chile, el Informe de una comisión oficial, de designación presidencial, la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas, de 2008 (<http://www.corteidh.or.cr/tablas/27374.pdf>), reconoció genocidio, pero, con un concepto sumamente restrictivo, sólo la de los pueblos absolutamente extintos, los fueguinos, sin descendencia identificable, pudiéndose así eludir prácticamente cualquier consecuencia salvo la memorialística; cap. 5: « Los Pueblos Indígenas del Extremo Sur »; Parte II.1: « Principios generales y bases para el Nuevo Trato », p. 532: « ... reducción territorial, fragmentación social, pérdida patrimonial, pérdida de vigencia de sus sistemas normativos propios, pérdida de sus idiomas por políticas de castellanización forzosa, y hasta la muerte y desaparición de Pueblos Indígenas enteros como los Aónikenk y Selk'nam, que fueron objeto de un verdadero genocidio ya que, junto con extinguirse su cultura, también se aniquiló a las personas que los integraban ». Esta comisión sobre pueblos indígenas fue paralela a la Comisión de Verdad y Reconciliación sobre la dictadura que se extendiera de 1973 a 1990 (Informe: <http://www.gob.cl/informe-rettig>).

(89) Para una larga polémica alrededor del sesgo que se imprime por un supuesto de historiografía justiciera aquí ya aludido (nota 84), con alarma justificada por la imputación, en el caso, al pueblo alemán más que a la dinámica desatada por la

con o sin comisiones de verdad que requieran su participación, su misma función de indagación de hechos, ya solo esto, se vuelve preciosa, trascendiéndola, cuando estamos ante acontecimientos pretéritos de responsabilidades pendientes. La generación de memoria contrastada es tarea suya y a socializarla puede también contribuir competentemente. El genocidio nazi ha puesto de manifiesto más que ningún otro acontecimiento histórico este género de conexiones entre justicia e historiografía válidas desde luego para cualquier caso de genocidio. Historiadores e historiadoras que se desentienen sencillamente abdican ⁽⁹⁰⁾.

Memoria es la cara cívica de la moneda de la investigación histórica responsable junto a otras muchas actividades que pueden desempeñar funciones de representación y comunicación dentro de la dificultad humana de representar y comunicar atrocidades ⁽⁹¹⁾, a lo que

dictadura del nazismo, D.J. GOLDHAGEN, C.R. BROWNING, Leon WIESELTIER, *The 'Willing Executioners' / 'Ordinary Men' Debate*, Washington, Center for Advanced Holocaust Studies, 1996; Norman G. FINKELSTEIN, Ruth Bettina BIRN, *A Nation on Trial: The Goldhagen Thesis and Historical Truth*, Londres, Holt, 1998; *Unwilling Germans? The Goldhagen Debate*, ed. Robert R. Shandley, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1998; *Geschichtswissenschaft und Öffentlichkeit. Der Streit um Daniel J. Goldhagen*, eds. Johannes Heil y Rainer Erb, Frankfurt am Main, Fischer, 1998; *The 'Goldhagen Effect': History, Memory, Nazism — Facing the German Past*, ed. Geoff Eley, Ann Arbor, University of Michigan Press, 2000; *Soziologische Analysen des Holocaust. Jenseits der Debatte über 'ganz normale Männer' und 'ganz normale Deutsche'*, eds. Alexander Gruber y Stefan Kühl, Wiesbaden, Springer, 2015.

⁽⁹⁰⁾ *Geschichte vor Gericht. Historiker, Richter und die Suche nach Gerechtigkeit*, eds. Norbert Frei, Dirk van Laak y Michael Stolleis, Munich, Beck, 2000; *Vom Recht zur Geschichte. Akten aus NS-Prozessen als Quellen der Zeitgeschichte*, eds. Jürgen Finger, Sven Keller y Andreas Wirsching, Göttingen, Vandenhoeck und Ruprecht, 2009; Kim Christian PRIEMEL, *The Betrayal: The Nuremberg Trials and the German Divergence*, Oxford, Oxford University Press, 2016. Respecto a retos ulteriores, Harriet JONES, Kjell ÖSTBERG, Nico RANDERAAD, *Contemporary history on trial: Europe since 1989 and the role of the expert historian*, Manchester, Manchester University Press, 2007.

⁽⁹¹⁾ Dominick LACAPRA, *Representing the Holocaust: History, Theory, Trauma*, Ithaca, Cornell University Press, 1994; Michael BERNARD-DONALS, Richard GREJZER, *Between Witness and Testimony: The Holocaust and the Limits of Representation*, Nueva York, State University of New York Press, 2001; Michael ROTHBERG, *Multidirectional Memory: Remembering the Holocaust in the Age of Decolonization*, Stanford, Stanford University Press, 2009; *Genocide: Truth, Memory, and Representation*, eds. A.L. Hinton y Kevin Lewis O'Neill, Durham, Duke University Press, 2009; *Forgotten Genocides: Oblivion, Denial, and Memory*, cit.; *Hidden Genocides: Power, Knowledge, Memory*, cit.; *Aftermath: Genocide, Memory, and History*, ed. Karen Auerbach, Clayton, Monash University, 2015; *Memory and Genocide: On What Remains and the Possibility of*

se añade la del reto de las profundas desigualdades entre genocidios olvidados y genocidios recordados, unos sin investigación y otros con investigación abundante, aunque nunca suficiente ni definitiva ⁽⁹²⁾. Valga entonces y siempre, para todo y en especial para los genocidios olvidados o poco investigados, la memoria social, comenzando por la de las propias víctimas o la de sus descendientes, algo esencial con vistas al derecho a la verdad ⁽⁹³⁾, aunque nunca debiera convertirse en sustituto del derecho a la justicia y del derecho a la reparación, como hoy, con conmemoraciones oficiales y con golpes públicos de pecho, se tiende ⁽⁹⁴⁾. Hay, en todo caso, relación. Mejor o peor, los genocidios más memorializados son también los más enjuiciados ⁽⁹⁵⁾. La mayoría no cuenta ni con memoria ni con historia ni con justicia ni con

Representation, eds. Fazil Moradi, Ralph Buchenhorst y Maria Six-Hohenbalken, Nueva York, Routledge, 2017.

⁽⁹²⁾ La última investigación original sobre el caso nazi, en relación a la tipificación de sus crímenes por el derecho internacional, contraponen a un Hersch Lauterpacht procurando el amparo de derechos individuales con la figura del crimen contra la humanidad y a un Raphael Lemkin defendiendo derechos de grupos con su invención del genocidio, como si no cupiera compatibilizarlos y articularlos, y como si lo segundo resultara entonces contraproducente, esto ciertamente conforme al propio Lauterpacht y a bastantes juristas de su tiempo. Lemkin tampoco ayudó porque se mostró receloso con los derechos humanos precisamente, a la sazón, por individuales en exclusiva. Esa última investigación es, al día de hoy (diciembre de 2017), la de SANDS, *East West Street: On the Origins of Genocide and Crimes Against Humanity*, cit., declarándose el autor (p. 281) « instinctively sympathetic to Lauterpacht's view, which was motivated by a desire to reinforce the protection of each individual, irrespective of which group he or she happened to belong to, to limit the potent force of tribalism, not reinforce it ». Así, la figura del genocidio sería tribalista y provocaría por sí sola conflicto entre grupos. A esto volveré al final.

⁽⁹³⁾ P.R. BARTROP, *Encountering Genocide: Personal Accounts from Victims, Perpetrators, and Witnesses*, Santa Barbara, ABC-Clio, 2014; Noah SHENKER, *Reframing Holocaust Testimony*, Bloomington, Indiana University Press, 2015; Michal GIVONI, *The Care of Witness: A Contemporary History of Testimony in Crisis*, Nueva York, Cambridge University Press, 2016.

⁽⁹⁴⁾ *When Sorry isn't Enough: The Controversy over Apologies and Reparations for Human Injustice*, ed. Roy L. Brooks, Nueva York, New York University Press, 1999, Parte 5: « Native Americans »; T. BARTA, *Sorry, and not sorry, in Australia: How the apology to the Stolen Generations buried a history of genocide*, en « Journal of Genocide Research », 10 (2008), 2, pp. 201-214.

⁽⁹⁵⁾ D. BLOXHAM, *Genocide on Trial: War Crimes Trials and the Formation of Holocaust History and Memory*, Oxford, Oxford University Press, 2001; Lawrence DOUGLAS, *The Memory of Judgment: Making Law and History in the Trials of the Holocaust*, New Haven, Yale University Press, 2001; Donald M. MCKALE, *Nazis after Hitler: How Perpetrators of the Holocaust Cheated Justice and Truth*, Lanham, Rowman

reparación. ¿Dónde estás entonces tú, « *hypocrite lecteur, mon semblable, mon frère* » o también hermana mía, historiadora, historiador o jurista que seáis? ⁽⁹⁶⁾

En el campo del derecho, sin embargo, suele entenderse otra cosa por lo que toca al interés y a la función de la historiografía. Se le da la bienvenida e incluso se le aprovecha, pero menos, por no decir nada, a efecto que interese al enjuiciamiento penal de hechos remotos ⁽⁹⁷⁾. La investigación histórica habría de resultar en este caso intrascendente porque, de documentar crímenes, los mismos estarían más que prescritos, con todo tipo de responsabilidad cancelada por el mero transcurso del tiempo. Se predica que la no prescripción en materia penal es un principio absoluto y que como tal se encuentra consagrado por la Constitución en el caso de España. He ahí un argumento decimonónico, anterior a los derechos humanos, como tantos que se arrastran entre juristas ⁽⁹⁸⁾. En 1968 Naciones Unidas acordó la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad precisamente para evitar que prescribieran delitos como el genocidio cometidos en el pasado, empezando por los crímenes del nazismo que ya lo estaban haciendo en el caso precisamente de Alemania ⁽⁹⁹⁾. La defensa de los derechos humanos mediante la penalización internacional de sus violaciones mayores no

and Littlefield, 2012; Michael J. BAZYLER, Frank M. TUERKHEIMER, *Forgotten Trials of the Holocaust*, Nueva York, New York University Press, 2014.

⁽⁹⁶⁾ Tan conocida como la apelación de Charles Baudelaire es la interpelación de Theodor Adorno: « Nach Auschwitz ein Gedicht zu schreiben, ist barbarisch ». Estaba ya en América (1949), pero no se le pasó por las mientes extenderla al genocidio indígena, tras el cual también es bárbara la evasión. *Nach Auschwitz*, la escritura cabe, incluso de supervivientes, como testimonian desde Primo Levi hasta Eva Schloss. Quienes carecen de narrativa de primera mano son las víctimas de genocidios más solapados.

⁽⁹⁷⁾ Renáta UITZ, *Constitutions, Courts and History: Historical Narratives in Constitutional Adjudication*, Budapest, Central European University Press, 2005; Carole VIVANT, *L'historien saisi par le droit. Contribution à l'étude des droits de l'histoire*, París, Dalloz-Sirey, 2007.

⁽⁹⁸⁾ Como ejemplo para caso más cercano, Carlos R. FERNÁNDEZ LIESA, *La Guerra Civil española y el orden jurídico internacional*, Pamplona, Thomson, 2014, pp. 183-185. Es el caso, el de la responsabilidad del Estado y de sus agentes por los crímenes de la dictadura franquista, por el que España se resiste a ratificar la Convención de derechos humanos a la que enseguida me refiero.

⁽⁹⁹⁾ Norman GERAS, *Crimes against humanity: Birth of a concept*, Manchester, Manchester University Press, 2011, pp. 22-24; Jeniffer BALINT, *Genocide, State Crime and the Law. In Name of the State*, Nueva York, Routledge, 2012, p. 107.

debe someterse a limitaciones temporales ni hacia atrás ni hacia adelante, ni de irretroactividad ni de prescripción ⁽¹⁰⁰⁾.

La serie referida de cuestiones prácticas interesantes a la historiografía están actualmente ocupando a instancias de derechos humanos en el seno de Naciones Unidas, comenzándose por la cuestión cardinal de los archivos ⁽¹⁰¹⁾. Para hacer lo mismo, al fin y al cabo, que ya puede estar haciendo, mejor sería que la historiografía lo hiciese a sabiendas, a conciencia y con sentido de la responsabilidad. Y que empiece por hacerlo en la selección del objeto de investigación. Como se nos acaba de decir, « possible cases of genocide are worth investigating for many reasons », ya sabemos cuales. Y me contraigo a genocidio porque es de lo que estamos tratando.

Repito que no entiendo en absoluto que la historiografía haya de ser justiciera. Basta con que sea responsable en la elección de sus temas y solvente en su investigación. Y con que siga un itinerario que es el propio también de la justicia: primero, las averiguaciones; luego, las calificaciones. Para investigar sobre hechos que pudieran constituir genocidio, no hace falta comenzar por fijar, fuera del tiempo, conceptos ⁽¹⁰²⁾. Los conceptos mismos ha de ofrecerlos ante todo la época estudiada, no la presente. Es parte de las averiguaciones.

7. *Presente con genocidio, pasado sin genocidio: derecho internacional y derecho de gentes.*

Hemos recalado en el derecho y particularmente en el interna-

⁽¹⁰⁰⁾ Steven R. RATNER, Jason S. ABRAMS, James L. BISCHOFF, *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law: Beyond the Nuremberg Legacy*, Nueva York, Oxford University Press, 2009. Para la referida resistencia española, que no es indiferente a otros negacionismos como el del genocidio colonial, B. CLAVERO, *España, 1978. La amnesia constituyente*, Madrid, Marcial Pons, 2014; Roldán JIMENO, *Amnesty, Pardons and Transitional Justice; Spain's Pact of Forgetting*, Londres, Routledge, 2017.

⁽¹⁰¹⁾ Office of the High Commissioner for Human Rights, *Rule of Law Tools for Post-Conflict States: Archives*, Nueva York, United Nations, 2015.

⁽¹⁰²⁾ Jacques SÉMELIN, *Purifier et détruire. Usages politiques de massacres et génocides*, París, Du Seuil, 2005, adoptando esa pauta, frente al uso inverso más generalizado, para el análisis comparado de tres casos, el Holocausto, Bosnia y Ruanda, bien que produciendo un modelo explicativo que, como suele ocurrir con la literatura centrada en el siglo XX como el siglo genocida, no sirve para el *settler genocide*. Con todo el comparativismo desarrollado en relación al genocidio y a pesar del desenvolvimiento de la historiografía mundializadora a su mismo respecto, los genocidios del siglo XX y los de tiempos anteriores constituyen hoy por hoy objetos distintos de investigaciones no confluentes, aun conociendo momentos de intersección como hemos visto a propósito de una primera fase del Holocausto.

cional. Su importancia para la historiografía sobre genocidio, lo reconoce o no y de cualquier forma que denomine a su objeto, está la vista. En caso de reconocerlo, a lo que suele la misma historiografía mirar es a normas en vigor, a la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio o al Estatuto de la Corte Penal Internacional, el cual reitera literalmente, al cabo de medio siglo y pese a sus deficiencias, la misma tipificación ⁽¹⁰³⁾. Ha habido incluso una fuerte restricción del concepto por vía de interpretación doctrinal y jurisprudencial siguiendo las trazas de las reservas interpuestas por los Estados Unidos cuando procedió a la ratificación de la Convención en 1988. Consiste principalmente en el requerimiento de un grado de intencionalidad casi imposible de probar en el presente, no digamos ya para el pasado ⁽¹⁰⁴⁾.

¿Qué interesa todo esto a la investigación histórica sobre época anterior? Indirectamente, bastante, pues tal es la idea de genocidio que hoy impera. Directamente, nada, pues el tiempo que estudia es otro ⁽¹⁰⁵⁾. El concepto actual de genocidio es a la actualidad a la que interesa, no en cambio a la historia a no ser que sea historia de presente ⁽¹⁰⁶⁾. Si tal exigencia de intencionalidad flagrante se proyecta

⁽¹⁰³⁾ Carmelo Domenico LEOTTA, *Il genocidio nel diritto penale internazionale. Dagli scritti di Raphael Lemkin allo Statuto di Roma*, Turín, Giappichelli, 2013.

⁽¹⁰⁴⁾ Lawrence J. LEBLANC, *The United States and the Genocide Convention*, Durham, Duke University Press, 1991; ID., *The United States and the Genocide Convention: The Sovereignty Package in Perspective*, en *The Genocide Convention: the Legacy of 60 Years*, eds. H.G. van der Wilt, J. Vervliet, G.K. Sluiter y J.Th.M. Houwink ten Cate, Leiden, Martinus Nijhoff, 2012, pp. 173-187; David L. SLOSS, *The Death of the Supremacy Clause: An Invisible Constitutional Change*, Nueva York, Oxford University Press, 2016, pp. 204-208. Tenía sus motivos Estados Unidos para demorar la ratificación y restringir el alcance de la Convención, no sólo además el del genocidio indígena: Civil Rights Congress, *We Charge Genocide: The Historic Petition to the United States for Relief from a Crime of the United States Government against the Negro People*, Nueva York, International Publishers, 1970. La demanda se interpuso en 1951, ante la indiferencia de los Estados Unidos y de las mismas Naciones Unidas: Carol ANDERSON, *Eyes off the Prize: The United Nations and the African American Struggle for Human Rights, 1944-1955*, Nueva York, Cambridge University Press, 2003. Sobre la restricción final del concepto, CLAVERO, *Delito de genocidio y pueblos indígenas en el derecho internacional*, cit.

⁽¹⁰⁵⁾ SHAW, *What is Genocide?*, cit., pp. 42-43: « as social scientists and historians of genocide, we cannot use the Convention as our intellectual framework », pero así lo sienta por las debilidades de la Convención y no por razones más de fondo por cuanto toca a la historia.

⁽¹⁰⁶⁾ CLAVERO, *Genocide or Ethnocide*, cit. Para una expresiva ilustración, sobre el muy debatido caso del presunto genocidio de Darfur, M. MAMDANI, *Savior and Survivors: Darfur, Politics, and the War on Terror*, Nueva York, Pantheon, 2009,

hacia el pasado, los genocidios se desvanecen. No habría acontecido nada ni parecido nunca. Ocurre además que dicha exigencia suma de intención patente, lo que se llama con el latinajo de *dolus specialis*, tiene sólo un fundamento muy problemático en el actual derecho internacional por mucho que la doctrina jurídica predominante pretenda otra cosa ⁽¹⁰⁷⁾.

¿Cómo cabe entonces que la historiografía se desenvuelva entre el escila del presente al que pertenece y el caribdis del pasado al que se debe? Decirlo es fácil, aunque actuarlo, no tanto ni mucho menos. Ha de comenzar por acudir a las ideas propias y al ordenamiento específico de la época que estudia. Tal ha de ser el método procedente para no incurrir en flagrante anacronismo. Puede alegrarse a la contra que lo que hay es lo que hay, el concepto actual de genocidio, pues no existe derecho a su respecto antes de que el mismo se identificara por Raphael Lemkin y se tipificara por Naciones Unidas a mediados del siglo XX ⁽¹⁰⁸⁾. ¿Es así? ¿No se le regula con anterioridad? Si no se busca la regulación o, en su caso, la desregulación, que es también forma de regular, nunca se le encontrará. No ha hecho falta que se le nombrara, incluso al nazi, para que el genocidio existiese ⁽¹⁰⁹⁾. ¿Tanto hay entonces en un nombre como para que durante siglos fuera imperceptible el genocidio para el derecho?

Si lo que llamamos hoy genocidios se producían en el pasado, aunque como tales no se identificasen, algo habría previsto en el ordenamiento al respecto. ¿Qué decía el derecho internacional a este propósito antes de que hubiera normas internacionales acerca de lo que

presunto no sólo por opinión de un autor, sino también por pender de la Corte Penal Internacional: <https://www.icc-cpi.int/darfur>. Aprecian genocidio y operaciones para encubrirlo J. HAGAN, Wenona RYMOND-RICHMOND, *Darfur and The Crime of Genocide*, Nueva York, Cambridge University Press, 2009.

⁽¹⁰⁷⁾ SHAW, *What is Genocide?*, cit., pp. 107-111: « Rethinking Intention », sobre (p. 109) « the unrealistic, absolutist version of intentionality prevalent in genocide studies », así como, hoy por hoy (pp. 107-109), en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia.

⁽¹⁰⁸⁾ Es exactamente lo que sigue acostumbrándose con la búsqueda de un concepto de valor por encima del tiempo: Berel LANG, *Genocide: The Act as Idea*, Filadelfia, University of Pennsylvania Press, 2017.

⁽¹⁰⁹⁾ Pier Paolo PORTINARO, *L'imperativo di uccidere. Genocidio e demicidio nella storia*, Bari, Laterza, 2017, e-book, posición 68: « Occorreva però che un genocidio nella storia del XX secolo acquisisse, non solo per lo shock ermeneutico causato ai popoli da quella tragedia più direttamente coinvolti, l'attributo di *unico*, perché si incominciase a scoprire che la storia umana è intessuta, tra le sue pagine più buie, di genocidi », o de lo que llamaríamos de otra forma de haber llegado a ser de otro modo sensibles.

vino finalmente a identificarse con el término de genocidio? Si había grandes masacres y, en mayor medida, destrucción cultural de pueblos enteros, algo tendría que decir, aunque fuera entre líneas o por implicación. Voy a limitarme a un testimonio que se pronuncia clarísimamente, el de una exposición que figuró entre las mayores autoridades en este campo entre mediados del siglo XVIII y primeras décadas del XX, prácticamente, podría decirse, hasta el advenimiento de los derechos humanos y de la penalización internacional del genocidio a mediados de la centuria. Es una obra de derecho de gentes, de derecho internacional antes de llamarse de este modo ⁽¹¹⁰⁾.

Tal derecho de gentes muestra un particular interés en América. El primer apartado de un capítulo sobre « el establecimiento de una nación en un país » se interroga acerca de la « famosa cuestión a que ha dado motivo el descubrimiento del Nuevo Mundo », la cual no es otra que la de « si una nación puede ocupar legítimamente alguna parte de una vasta región, en la que solo se hallan pueblos errantes, incapaces por su corto número de ocuparla toda ». Aparte esta presunción demográfica interesada que ya prefigura la respuesta, nos importa ahora lo que viene a continuación como base para ofrecerla. Se trata de una remisión a un apartado que se ocupa de « la obligación natural de cultivar la tierra », a cuyo propósito se sienta todo cuanto sigue: « Cada nación se ve obligada por la ley natural a cultivar el país que la ha cabido en suerte, y no tiene derecho de extenderse o de implorar la asistencia de las demás, como no sea que la tierra que habita no le produzca lo necesario. Aquellos pueblos, como los antiguos germanos y algunos tártaros modernos, que habitando en países fértiles desdeñan la agricultura y prefieren vivir de rapiñas, obran contra sí mismos, causan injuria a todos sus vecinos, y merecen el que se les extermine como bestias feroces y nocivas » ⁽¹¹¹⁾. La obligación de cultivar las

⁽¹¹⁰⁾ Elisabetta FIOCCHI MALASPINA, *L'eterno ritorno del 'Droit des Gens' di Emer de Vattel, secc. XVIII-XIX. L'impatto sulla cultura giuridica in prospettiva globale*, Frankfurt am Main, Max Planck Institute for European Legal History, 2017, aunque no vincula en absoluto el éxito dilatado de la obra al auge del colonialismo europeo como es el caso y además aquí lo que va a interesarnos. Pues no lo utiliza, consignemos que para comprobación de la significación de Vattel en el caso de la fundación de los Estados Unidos, aun sin atención tampoco a nuestro extremo, se tiene a Peter ONUF, Nicholas ONUF, *Federal Union, Modern Worlds: The Law of Nations in an Age of Revolutions, 1776-1814*, Madison, Madison House, 1993, en particular pp. 10-19. No conozco algo equivalente respecto a Latinoamérica.

⁽¹¹¹⁾ *El Derecho de Gentes, o Principios de la Ley Natural, aplicados a la conducta y a los negocios de las naciones y de los soberanos, escrita en francés por Mr. Vattel*, traducción y notas de Manuel María Pascual Hernández, Madrid, Imprenta de D. León Amarita, 1834 (edición que se tiene online, en books.google.es), versión corregida de una

tierras conlleva la de eliminar lo que se considera como plagas, incluidas las animales y, dentro de éstas, las humanas. No era metáfora ⁽¹¹²⁾.

Dada la remisión, todo ello, inclusive las presunciones interesadas sobre otras gentes, es aplicable a las Américas y, por lo que atañe a la obligación de exterminio, a los pueblos resistentes al colonialismo ⁽¹¹³⁾. Para sentar presunciones no hacía falta por supuesto haber puesto un pie en América ni tener un conocimiento mínimo sobre ella. Así funciona una cultura supremacista. Y así resulta que lo que hoy llamamos genocidio en su forma más flagrante no es sólo que no fuera un delito, sino que era un derecho y hasta una obligación de la parte colonialista ⁽¹¹⁴⁾. Bastaba con el imperativo. Ahí se tiene, convenientemente desregularizado, el genocidio, inclusive históricamente, como lo

edición primera de 1820, Libro Primero, cap. 7, § 81, y cap. 18, § 208. FIOCCHI MALASPINA, *L'eterno ritorno del 'Droit des Gens' di Emer de Vattel*, cit., cap. 4.3 (pp. 188-193): «Diritto costituzionale nelle note di Manuel Pascual Hernández al *Derecho de Gentes* (1820 e 1834)», sin atención a la clave colonial tampoco para caso tan señalado al efecto como el hispano. Aunque Vattel no concede valor a «la disposición de los Papas que dividieron una gran parte del mundo entre las Coronas de Castilla y Portugal» (cap. 18, § 207) y el traductor lo vierte fielmente, este mismo no deja de reproducirla en nota.

⁽¹¹²⁾ António Manuel HESPANHA, *Com os juristas viam o mundo, 1550-1750. Direitos, estados, coisas, contratos, ações e crimes*, Lisboa, CreateSpace, 2015, cap. 3: «Direito das pessoas», particularmente § 650-659.

⁽¹¹³⁾ Para formulación americana por otro jurista investido de autoridad doctrinal, Andrés BELLO, *Principios de Derecho de Gentes* (1832), Caracas, Valentín Espinal, 1837, Parte II, cap. 1, § final (p. 111): «Un pueblo bárbaro, que desconoce los deberes de la humanidad y las leyes de la guerra, debe mirarse como enemigo del género humano». Se sigue editando en el siglo XX: *Obras Completas*, vol. X, *Derecho Internacional*, Caracas, Ministerio de Educación, 1954, p. 204 (se tienen online en una edición chilena anterior, en cervantesvirtual.com, vol. X, 1886, p. 200). Y no se piense que es un principio completamente desactivado: B. CLAVERO, *Constitucionalismo latinoamericano. Estados criollos entre pueblos indígenas y derechos humanos*, Santiago de Chile, Olejnik, 2016. Son coordinadas constitutivas de un iusinternacionalismo americano (Liliana OBREGÓN, *Between civilization and barbarism: Creole interventions in international law*, en «Third World Quarterly», 27, 2006, 5, *Reshaping Justice: International Law and the Third World*, pp. 815-832), aunque no guste precisamente advertirse (Arnulf BECKER LORCA, *Mestizo International Law: A Global Intellectual History 1842-1933*, Nueva York, Cambridge University Press, 2015).

⁽¹¹⁴⁾ Dado su título, que podría haberse basado en Vattel, PORTINARO, *L'imperativo di uccidere. Genocidio e democidio nella storia*, cit., es el último testimonio de que la genocidiología viene ignorando este derecho histórico europeo con su verdadero imperativo de masacrar. Ya resalté los pasajes referidos de Vattel en B. CLAVERO, *Derecho indígena y cultura constitucional en América*, México, Siglo XXI, 1994, pp. 56-58.

revela el propio contexto de un tal imperativo en el derecho de gentes, el de índole cultural o de eliminación de pueblos como tales sin necesidad de eliminación física, el teorizado al cabo del tiempo por el mejor Lemkin ⁽¹¹⁵⁾. Cultural, o dígase también social, es todo genocidio, ayer y hoy, si no se le reduce a acción violenta descontextualizada. Cuando el derecho de gentes se pronuncia de tal modo a favor del exterminio de humanidad indígena resistente, está dando por sentada la obligación general de sometimiento a la única cultura que concibe, la europea. Está así también predicando la eliminación no necesariamente física mediante el despojo de cultura propia producido o acompañado, según los casos, por la privación del control sobre territorios y recursos ⁽¹¹⁶⁾.

La facilidad con la que se formula el imperativo de masacre del derecho de gentes nos está diciendo algo. Recordemos también la normalidad con la que unas crónicas de la invasión española registraban atrocidades ⁽¹¹⁷⁾. Por aquellos tiempos, siglo XVIII inclusive, la vida y

⁽¹¹⁵⁾ PORTINARO, *L'imperativo di uccidere. Genocidio e democidio nella storia*, cit., también testimonia desde el mismo título que es la masacre lo que sigue identificándose como genocidio. Se refiere (n. 8) al concepto más comprensivo de Lemkin, el cultural, para decir que representa una aproximación sociológica, no entonces la jurídica, hasta tal punto llega a imperar la noción del delito de genocidio como matanza empobreciendo la problemática histórica en la línea de la historiografía mundializadora. Para quienes van a la lectura de Lemkin desde el concepto establecido de genocidio y no a la inversa, como el buen método historiográfico requeriría, es una ocurrencia hoy usual esa de tomar su definición cultural como el contexto sociológico y no como la noción nuclear. LEOTTA, *Il genocidio nel diritto penale internazionale*, cit., p. 80, tiene otra lectura igualmente forzada: para Lemkin « el genocidio culturale acquisti rilevanza se congiunto al genocidio fisico », cuando es precisamente al contrario. ¿Ha de añadirse que el concepto cultural de Lemkin, si guarda hoy valor, es por sí y no por privilegio de primogenitura?

⁽¹¹⁶⁾ Al menos para el genocidio colonial creo que la calificación cultural, por cultura tanto inmaterial como material, sigue siendo la preferible. La referida caracterización sociológica de la posición de Lemkin procede más inmediatamente de SHAW, *What is Genocide?*, cit., cap. 2 (pp. 13-35), pero considerándola determinante de su concepto jurídico, no simple contexto en absoluto. Para la categoría más comprensiva de genocidio, social (Shaw) equivale entonces a cultural (Lemkin). El cambio de adjetivo se produce en *What is Genocide?* por reservas ante el concepto equívoco de cultura a mi entender menos válidas para hoy que, antropología mediante, para ayer, y para *Axis Rule* en particular como Martin Shaw subraya. La identificación usual entre genocidio y masacre libera desde luego de este género de problemas. Baste aquí, a nuestros propósitos, con estarlos dejando señalados.

⁽¹¹⁷⁾ Hemos visto un breve muestrario, y sólo sobre mutilaciones, de cuanto ESPINO, *La conquista de América*, cit., justamente destaca frente a la ceguera empecinada

la integridad humanas no constituía valores como hoy podamos entenderlos ni el individuo era para nada sujeto de derecho. No es esto algo debido al derecho de gentes, pues pertenece a su matriz, una matriz constituida por la cultura jurídica y religiosa europea en su totalidad ⁽¹¹⁸⁾. Y cuando, en el mismo setecientos, comenzara incipientemente a ser el individuo sujeto de derecho, lo sería el colonialista, no el colonizado ⁽¹¹⁹⁾. Advino luego encima, entre Europa y Euroamérica, un racismo presuntamente científico incidiendo en la devaluación de la vida del indígena o, aún más, de su supervivencia cultural ⁽¹²⁰⁾.

Son elementos de la cultura en la que ha de situarse la existencia inexistente del genocidio cotidiano o consuetudinario a través de las

todavía reinante en la historiografía de lengua española tras el alarde de episodios negacionistas con ocasión del 92: Luciano PEREÑA, *Genocidio en América*, Madrid, Mapfre, 1992; Demetrio RAMOS, *Genocidio y Conquista: Viejos mitos que siguen en pie*, Madrid, Academia de la Historia, 1998. La literatura contra la llamada leyenda negra, todo un género en el ámbito hispano, abunda en el negacionismo; para última muestra pretenciosa, M^a Elvira ROCA, *Imperiofobia y leyenda negra. Roma, Rusia, Estados Unidos y el Imperio español*, Madrid, Siruela, 2016.

⁽¹¹⁸⁾ B. CLAVERO, *Noción y escala de transgresiones*, en Francisco Tomás y Valiente y otros, *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*, Madrid, Alianza Editorial, 1991, pp. 57-89; ID., *Sujeto de derecho entre estado, género y cultura*, Santiago de Chile, Olejnik, 2016.

⁽¹¹⁹⁾ Paul KEAL, *European Conquest and the Rights of Indigenous Peoples: The Moral Backwardness of International Society*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003; Bruce MAZLISH, *Civilization and its Contents*, Stanford, Stanford University Press, 2004; Antony ANGHIE, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005; Luigi NUZZO, *Origini di una Scienza. Diritto internazionale e colonialismo nel XIX secolo*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 2012; *International Law and Empire: Historical Explorations*, eds. Martti Koskenniemi, Walter Rech y Manuel Jiménez Fonseca, Oxford, Oxford University Press, 2017.

⁽¹²⁰⁾ Nancy Leys STEPAN, *'The Hour of Eugenics': Race, Gender, and Nation in Latin America*, Ithaca, Cornell University Press, 1991; KÜHL, *The Nazi Connection*, cit.; *Geopolitical Traditions: A Century of Geopolitical Thought*, eds. Klaus Dodds y David Atkinson, Londres, Routledge, 2000; Joshua GOODE, *Impurity of Blood: Defining Race in Spain, 1870-1930*, Baton Rouge, Louisiana State University Press, 2009. Sobre la vertiente presuntamente científica del racismo nazi, desde la medicina a la antropología pasando por el derecho y la historiografía, se cuenta con una buena serie de estudios. Baste una muestra: Detlev J.K. PEUKERT, *The Genesis of the 'Final Solution' from the Spirit of Science*, en *Reevaluating the Third Reich*, eds. Thomas Childers y Jane Caplan, Nueva York, Holmes and Meier, 1993, pp. 234-252. No solo para contraste, E. BARKAN, *The Retreat of Scientific Racism: Changing concepts of race in Britain and the United States between the world wars*, Nueva York, Cambridge University Press, 1992.

Américas. Haberlo, lo hay, pero no lo es ⁽¹²¹⁾. Al final resulta que no hubo genocidio, aunque lo hubiera. El genocidio colonial histórico presenta así un marcado perfil propio entre la recurrencia de genocidios. Hay genocidios y genocidios, pero, si existe alguno matriz, lo es el colonial, el *settler genocide* de tiempos históricos y supervivencia presente ⁽¹²²⁾. Que no se tuviera por delito o por ilícito alguno, sino por derecho y por obligación, no es paliativo, sino agravante. He ahí una clave del colonialismo europeo, la de su virtud genocida de materialización, como se nos ha advertido, no ineluctable, pero sí plausible, más plausible por su indiferencia para con sus efectos. Que fuera derecho y obligación ayer no exime de las responsabilidades pendientes hoy. Realmente las acentúa.

8. *Por una descolonización cultural de la historiografía y de la jurología.*

La constatación de que el genocidio indígena podía perpetrarse sin conciencia de cometer ilícito y con la de estar respondiendo a una obligación de derecho que se decía natural, un derecho impuesto por la naturaleza respecto a pueblos no europeos ⁽¹²³⁾, obliga al día de hoy, además de a la reparación, a una garantía de no repetición como haya de ser la de descolonización de la propia cultura de esta parte, la europea ⁽¹²⁴⁾. La historiografía tiene aquí un cometido que toca al

⁽¹²¹⁾ CLAVERO, *¿Hay genocidios cotidianos? Y otras perplejidades*, cit.; SHEN P. ROSENBERG, EVERITA SALINA, *Genocide by Attrition: silent and efficient*, en *Genocide Matters: Ongoing issues and emerging perspectives*, eds. Joyce Apsel y Ernesto Verdeja, Nueva York, Routledge, 2013, pp. 106-126. Ya que vengo utilizando a Martin Shaw, dejo apuntado que conecta guerra y genocidio con la consecuencia de exclusión del genocidio indígena cotidiano o *by attrition*, por desgaste intencionado: M. SHAW, *War and Genocide: Organized Killing in Modern Societies*, Cambridge, Polity Press, 2003; ID., *What is Genocide?*, cit., cap. 8 (pp. 128-145), aun aludiendo a esa «less centralized» forma de genocidio (p. 188).

⁽¹²²⁾ SHAW, *Genocide and International Relations*, cit., p. 4: «One of the reasons why much research fails to historicize genocide is because it has reified a particular historical pattern as a timeless norm», refiriéndose obviamente al patrón del Holocausto. Añadamos que Martin Shaw no presta atención suficiente al genocidio colonial histórico por sí mismo, con independencia de genocidios posteriores: *Genocide and International Relations*, cit., pp. 52-59: «Colonialism and Genocide».

⁽¹²³⁾ Marcelle BURNS, *The 'natural' law of nations: Society and the exclusion of First Nations as subjects of international law*, en *Indigenous Peoples as Subjects of International Law*, cit., cap. 3 (pp. 38-54).

⁽¹²⁴⁾ L. VERACINI, *Settler Colonialism: A Theoretical Overview*, Londres, Palgrave Macmillan, 2010, cap. 4 (pp. 104-116): «Narrative: Colonial Narratives, settler

esclarecimiento de su posición en el presente y al desafío consiguiente del discernimiento de la responsabilidad de su trabajo respecto al pasado. Lo primero es lo primero. Ha de mirar a su hoy antes que a su ayer.

La perspectiva colonial está arraigada tanto en la academia como en la política de latitudes de pasado tal, colonialista. La composición la hemos visto operar incluso en la mismísima confección de la Convención de Naciones Unidas sobre el Genocidio. En justa consecuencia, una descolonización interna se encuentra entre las obligaciones de unas descendencias, de la imperial de las Europas y de la colonial de las Américas. Las condiciones no resultan las mejores para esta necesidad pendiente entre quienes siguen haciéndose la ilusión de que el camino está, si no recorrido, abierto ⁽¹²⁵⁾. Abrirlo es obligación de los Estados y de las correspondientes instancias académicas, así como de los medios de información y opinión y de la sociedad civil en general. Que se trate así de un empeño tan arduo como difuso no quita ni resta responsabilidad a nadie de entre esta pertenencia. En lo que más nos toca a quien escribe y a quien vaya presumiblemente a leerme, el compromiso es ante todo, entre los medios académicos, uno que compartimos los gremios profesionales del derecho y de la historiografía. Lo quiera o le disguste, por mucho que tienda a desentenderse, ésta segunda se encuentra igualmente comprometida para cualquier materia del pasado de la que se ocupe, cuánto más para aquellas que afecten neurálgicamente a la existencia humana misma ⁽¹²⁶⁾.

En suma y concluyendo, el delito de genocidio no es en cuanto tal, como tipo penal, extensible al pasado, pero no hace falta la retroactividad. Lo que hubo fue realmente peor. Con esto bien presente, podemos seguir llamándole genocidio. Comprendo que la con-

colonial narratives. Telling the end of the settler colonial story »; Elisabeth CARLSON, *Anti-colonial methodologies and practices for settler colonial studies*, en « *Settler Colonial Studies*, 7 (2017), 4, pp. 496-517.

⁽¹²⁵⁾ Para un panorama realista, SHAW, *Genocide and International Relations*, cit., p. 39, acusando « the assumption that Western Democracies and international organizations are the 'answer' to genocide, not part of the problem », y prosiguiendo: tal misma presunción « marginalizes troubling issues such as the involvement of more-or-less democratic settler governments in colonial genocide, the role of Western democracies in promoting national homogenization in the era of the world wars, the role of Western powers and the United Nations in producing genocide-prone partition plans as solution to ethno-political conflicts, and the role of democracy promotion in stimulating genocidal violence in the twenty-first century ».

⁽¹²⁶⁾ B. Clavero, *Esclavitud y codificación en Brasil, 1888-2017. Por una historia descolonizada del derecho latinoamericano*, a publicarse en « *Revista de Historia del Derecho* », la argentina, 2018.

clusión resulta inesperada y que no se desprende de la historiografía que acabamos de visitar, pero de ella es de donde hemos aprendido. Las historias mundiales del genocidio resultan piedra de toque. No cabe relato significativo con el hilo conductor de unos hechos brutos sin radicación cultural, pese al propio Lemkin. La inflación que produce de genocidios ya sabemos que no esclarece el panorama. Vemos tantos en el pasado que no aprendemos a verlos todos en el presente, lo que ocurre en especial todavía con el persistente de pueblos indígenas por las Américas⁽¹²⁷⁾. Ni antes ni ahora lo hay puramente físico. Cultural es todo genocidio, incluso el perpetrado por el nazismo, como bien supo verlo el mismo Lemkin. Se trata de un pueblo eliminando a otro u otros pueblos, pero también, siempre, ayer como hoy, de una cultura destruyendo otra u otras culturas igualmente distintivas⁽¹²⁸⁾.

¿Cómo puede decirse, cual hemos comprobado, que la mera constatación de su existencia incita a la confrontación entre pueblos y culturas? A quienes sólo quieren saber de orden internacional, Estados e individuos, la misma pluralidad cultural desbordando a la estatal que

(127) Como ejemplo nada exclusivo, ya que lo primero está citado, *Los Aché del Paraguay. Discusión de un genocidio*, cit.; Robert K. HITCHCOCK, Charles FLOWERDAY, Thomas E. KOPERSKY, *The Ache of Paraguay and Other "Isolated" Latin American Indigenous Peoples: Genocide or Ethnocide?*, en *Genocide of Indigenous Peoples (Genocide: A Critical Bibliographic Review*, vol. 8), eds. S. Totten y R.K. Hitchcock, New Brunswick, Transaction, 2011, cap. 7 (pp. 173-194); R.K. HITCHCOCK, C. FLOWERDAY, Wayne A. BABCHUK, *The Case of the Ache: The Genocide Debate Continues Unabated*, en *Controversies in the Field of Genocide Studies (Genocide: A Critical Bibliographic Review*, vol. 11), eds. S. Totten, Henry Therlault y Elisa von Joeden-Forgey, Nueva York, Routledge, 2017, cap. 1 (pp. 3-43). Participé en 2009 en una misión de observación de Naciones Unidas a Paraguay durante la que constatamos situaciones genocidas con responsabilidad del Estado, aunque de este modo, por disenso en el seno del equipo, no lo calificáramos en nuestro informe: http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/UNPFII_Mission_Report_Paraguay_ES.pdf.

(128) El medio académico y social en el que más anda perdida esa dimensión cultural es precisamente el de lengua alemana con su empeño de germanizar los términos internacionalizados y rendir así genocidio como *Völkermord*, asesinato de pueblos, lo que puede resultar menos inocente que acuñar *Fernsehen* para televisión. *Genozid* o *Genocidium* se utiliza en alemán, pero muy limitadamente, como cuando se trata de normas de derecho internacional, y no siempre. Al equívoco en todo caso se presta la propia raíz latina de *occidere* adoptada por Lemkin pese a su propio concepto que acentuaba la extirpación de cultura por delante y por encima de la eliminación física. Y no se diga que *Völkermord* es traducción literal de genocidio pues, para el habla tanto común como especializada, una raíz de lengua muerta es más maleable que la de lengua viva, de lo cual ya intentó valerse Lemkin.

se pretende nacional les incomoda ⁽¹²⁹⁾. También para esto opera un negacionismo, la madre y el padre de todos los negacionismos. Humanidad sin cultura particular, no necesariamente estatal y no, desde luego, universal, sólo existe en la imaginación genocida del derecho de gentes sobre otras gentes y en la literatura jurídica o historiográfica que, sin descolonizarse, prosigue por unos mismos derroteros. Digamos que Europa y su diáspora aún no se han descolonizado a sí mismas, ni juntas ni por separado, a unos efectos mínimamente significativos que no se reducen al campo de la cultura todavía predominante en ámbitos tanto latinos como anglos u otros ⁽¹³⁰⁾.

« Many of us have survived the trauma of colonialism and genocide ». « I would not favor using the term genocide to describe the (...) colonization project ». He ahí, entre los polos de las dos primeras citas de este trabajo, en encabezamiento y en texto, toda la tensión que, dado su objeto, lo ha venido atravesando. A su resolución puede contribuir una descolonización, comenzándose con la del ámbito cultural, en la que la historiografía y la jurología han de tener un papel indelegable. ¿Es *colonialism and genocide* pasado? Sí, « but a past which is present and a present which is all the time becoming our future », esto es, *their future*, nuestro beneficio colonialista todavía ⁽¹³¹⁾. Para evitarlo, ilustrando, la historiografía sobre el *settler genocide* ofrece una vía.

La jurología de momento no la emprende. La doctrina jurídica predominante hemos detectado que es visceralmente negacionista de cara al genocidio provocado por el colonialismo europeo. Es un negacionismo que más ordinariamente se manifiesta mediante el silencio, ese

⁽¹²⁹⁾ Lo hemos detectado todo ello en una última manifestación: SANDS, *East West Street: On the Origins of Genocide and Crimes Against Humanity*, cit. El autor es gente de derecho, entre cuyos medios, desde un primer momento, no es entusiasmo lo que suscitara el invento de Lemkin. Está por escribir la historia de la recepción, como mínimo, reticente de su *Axis Rule* entre juristas y las razones de fondo por las que la Convención sobre el genocidio ha venido siendo durante décadas poco menos que papel mojado, más allá de una razón evidente, la de irresponsabilidad, pasiva o activa, de los Estados y de las mismas Naciones Unidas. Para confrontar la consiguiente posición escéptica ya referida de Philippe Sands sobre la categoría de genocidio sirve ahora la reivindicación de LANG, *Genocide: The Act as Idea*, cit.

⁽¹³⁰⁾ Robert J.C. YOUNG, *Empire, Colony, Postcolony*, Chichester, Wiley-Blackwell, 2015; Elisabeth BUETTNER, *Europe after Empire: Decolonization, Society, and Culture*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016. A estos últimos efectos, los culturales de trascendencia política, Dipesh CHAKRABARTY, *Provincializing Europe: Post-colonial Thought and Historical Difference* (2000), *with a new preface*, Princeton, Princeton University Press, 2008; CLAVERO, *Europa y su diáspora*, cit., cap. 4 (pp. 229-331).

⁽¹³¹⁾ *Indigenous Peoples as Subjects of International Law*, cit., p. 1.

silencio que también ha de reconocerse que sigue prevaleciendo en el conjunto de la historiografía de matriz cultural europea. Respecto al pasado, la primera evidencia jurídica a ser confrontada es que el genocidio no era para Europa un delito, sino un derecho y hasta una obligación a costa potencialmente de todo el resto de la humanidad. La primera dificultad historiográfica radica en el detalle de que nuestro concepto actual, con su tipificación penal, no sirve para la historia.

PAOLO CORONA

UN NODO CHE SI STRINGE. CONSIDERAZIONI
SUL PROGETTO SAVIGNYANO NELLA
RIFLESSIONE GIURIDICA DEL VORMÁRZ

(A proposito di poesia e diritto nel primo Ottocento tedesco,
tra modelli e paradigmi) (*)

1. 'Una' questione tedesca. — 2. La dimensione popolare del diritto. — 3. La dimensione scientifica del diritto. — 4. 'Popolo', 'scienza' e politica: il modello savignyano in mano ai Germanisti. — 5. Sulla soglia del 'paradigma'.

1. *'Una' questione tedesca.*

Il primo Ottocento tedesco rappresenta indubbiamente una miniera di temi e problemi che mostrano tutt'oggi straordinaria vitalità. Le vicende che animarono quei decenni coinvolsero filosofia, letteratura, politica, diritto in un denso intreccio di problematiche i cui effetti avrebbero influenzato transnazionalmente il pensiero giuridico, giungendo fino ai nostri giorni secondo percorsi evolutivi variamente ramificati. È evidente perciò come la considerazione di quegli articolati fenomeni (specie a livello di storia del pensiero, e specie in mezzo

(*) Il presente scritto trae occasione dalla pubblicazione di M.C. FOI, *Heine e la vecchia Germania. La questione tedesca fra poesia e diritto*, Trieste, EUT, 2015: si tratta di una 'nuova edizione aumentata ed aggiornata' dell'originale EAD., *Heine e la vecchia Germania. Le radici della questione tedesca tra poesia e diritto*, Milano, Garzanti, 1990. La riproposizione dell'opera, utilmente veicolata dagli odierni mezzi telematici (le Edizioni dell'Università di Trieste ne offrono in libera consultazione i formati digitali presso <https://www.openstarts.units.it/handle/10077/13905>), si situa nell'ambito del progetto, coordinato dalla stessa Foi, « Per una critica della giustizia: testi letterari e contesti storici a confronto », volto a coltivare una riflessione interdisciplinare su convergenze e divergenze storiche tra filosofia, letteratura e diritto. Oltre alle due Parti che costituivano l'opera originale, la recente edizione ospita un nuovo capitolo introduttivo che suggerisce alcune prospettive di rilettura odierna dell'opera; un ultimo capitolo è invece dedicato a ragguagli sulla bibliografia intervenuta negli ultimi anni, mantenendo con ciò inalterati rispetto alla prima edizione i riferimenti nel testo.

all'amplessima letteratura in materia) si trovi spesso esposta al rischio di divenire mero esercizio problematico, di farsi sofisticata elucubrazione, di scadere nell'artificio argomentativo. Tuttavia, senza voler avventurarsi nello scavo fantasioso di cunicoli secondari, è possibile constatare che le gallerie principali di quella ricca miniera nascondono ancora preziosi filoni di ricerca, non del tutto esauriti dalle esplorazioni già compiute nel corso di un secolo e mezzo.

Lo dimostra bene un ottimo libretto, originariamente apparso nel 1990, la cui recente riedizione è certo propiziata da un rinnovato interesse per tematiche storico-giuridiche anche da parte di non giuristi (l'Autrice insegna letteratura tedesca presso l'Ateneo triestino), e risponde alla dichiarata volontà di nutrire l'eterogeneo e anche da noi sempre più fortunato campo di studi che va sotto il nome di *Law and literature* ⁽¹⁾.

Ma soprattutto, com'è intuibile, il saggio riproposto da Maria Carolina Foi testimonia un'attenzione rinvigorita per « quel nodo centrale ed insoluto della storia europea » ⁽²⁾ rappresentato dalla vicenda germanica degli ultimi due secoli. È la stessa Autrice a dedicare il primo paragrafo del nuovo ed 'attualizzante' Capitolo introduttivo ad un sintetico commento delle letture storiografiche che, considerando « un'anomalia, una perturbante eccezione » (p. 20) il lento e particolarissimo processo tedesco di *State- e Nation-building*, nell'impossibilità di ricondurlo ai più rassicuranti esempi offerti da altre esperienze europee, si sono sforzate di carpirne un percorso del tutto peculiare attraverso l'Otto e il Novecento. Alle tesi del *Sonderweg* che individuano ed esaltano le continuità causali fra le varie 'tappe' della storia tedesca moderna, suggerisce tuttavia Foi, si può ben opporre la presenza in essa di cesure « tanto profonde da obbligare ogni generazione a interrogarsi sulla propria identità collettiva, a reinventare un'immagine di sé » (p. 24 e s.): il modo allora più adatto di affrontare l'intricato interrogativo storiografico è forse « mettere da parte l'ambizione di individuare un'ennesima linea di continuità e considerare il problema della questione tedesca un problema al plurale, distinguendo le singole, specifiche fasi in cui questo ha preso forma » (p. 25). Il paragrafo si intitola, significativamente, « *Le questioni tedesche* ». L'analisi sviluppata nel libro vuol chiarire una di esse ⁽³⁾, prendendo le mosse dal

⁽¹⁾ Le linee essenziali delle fortune, anche specificamente europee, degli studi su diritto e letteratura vengono ripercorse dall'Autrice alle pp. 32-38.

⁽²⁾ Così si esprime Claudio Magris in apertura della sua *Presentazione* (risalente già alla prima edizione) del volume (p. 15).

⁽³⁾ Tale scelta, ben argomentata nel menzionato primo paragrafo, sembra trovare riscontro nella differenza fra i sottotitoli delle due edizioni del libro: in quello più recente manca infatti il riferimento alle « radici » della questione tedesca. Ciò offre

singolare quadro che si profila all'indomani delle guerre di liberazione, quando alla definitiva vittoria contro le armate francesi subentra un periodo di profonda crisi di legittimazione dell'autorità politica, destinata a perdurare fino alla chiusura del Congresso di Vienna. Una quasi biennale condizione di *interregnum* in cui « il vecchio muore ed il nuovo non può nascere »⁽⁴⁾, « in cui non si riesce ancora ad intravedere un ordine futuro », ed in cui anzi non è affatto scontato riconoscere quale 'vecchio' sia ormai tramontato: si tratta dell'ordine instaurato dalle conquiste napoleoniche nel 1806? O di quello sacro-romano-imperiale dell'antico *Reich*? Ne è forse possibile una restituzione, od occorre escogitare soluzioni nuove? A ben vedere, i germi di novità che frutteranno valide risposte a questa crisi emergono dagli esiti dell'accesa polemica sulla codificazione.

Così l'Autrice ripercorre, dal suo punto d'osservazione storico-letterario, gli avvenimenti culturali e politici della prima metà dell'Ottocento tedesco, a partire dalla grande proposta savignyana del 1814 che verrà trasfigurata, ad opera di letterati e giuristi variamente orbitanti attorno alla Scuola Storica, in quello che definisce un vero e proprio « paradigma giusletterario »⁽⁵⁾: fenomeno che attraversa e determina gran parte delle vicende di quel periodo, secondo assetti diversificati ma tutto sommato solidi fino al 1848⁽⁶⁾. Le opzioni filologiche, poetiche,

spazio per ipotizzare che, mentre la prima edizione, pubblicata a ridosso del celebre *Historikerstreit* di fine anni Ottanta sul *Sonderweg*, rispondeva alla volontà di inserirsi nel dibattito con una ricerca sulle fondamenta letterarie-politiche di quel percorso, la più recente prospettiva critica adottata dall'Autrice miri piuttosto ad acclarare 'dall'interno' la portata culturale della vicenda studiata, senza tentare di proiettarla forzatamente in un contesto ricostruttivo più ampio (ed appare scelta apprezzabile, poiché un simile tentativo avrebbe francamente richiesto, per reggere alle acquisizioni storiografiche intervenute negli ultimi trent'anni ed al sostanziale esaurimento scientifico delle tesi del *Sonderweg*, ben altri aggiornamenti ed ampliamenti del testo, ed avrebbe forse rappresentato un cedimento alla tentazione — segnalata in apertura a queste riflessioni — di interpretare piuttosto disinvoltamente, partendo da una ricerca tutto sommato settoriale, una tematica di profonda e ramificata estensione).

(4) Foi adopera l'efficace espressione (p. 28) traendola da A. GRAMSCI, *Quaderni dal carcere*, Torino, Einaudi, 1975, vol. I, Quaderni 1 (XVI) — 5 (IX), p. 311 nell'edizione critica curata da V. Gerratana.

(5) A tale 'paradigma' l'Autrice dedica un recente saggio: M.C. FOI, *La questione tedesca del primo Ottocento: un paradigma giusletterario*, in *Diritto e letterature a confronto. Paradigmi, processi, transizioni*, a cura di Ead., Trieste, EUT, 2016, il quale sostanzialmente raccoglie i risultati della Prima Parte del volume in esame.

(6) Com'è noto, il termine *Vormärz* invale nella storiografia (non solo letteraria) per indicare genericamente il periodo della storia tedesca che precede il marzo del 1848, spartiacque sul quale si infrangono gli speranzosi tentativi di unificazione e rivoluzione

estetiche (e ‘conseguentemente’ politiche) di Arnim e Brentano, di Grimm, di Eichendorff e Uhland ed infine di Heine vengono allora lette entro quel grande orizzonte ideale, sulle tracce della « giuridicità segreta » che percorre l’intera cultura del *Vormärz* (7). E sarà proprio la prosa heiniana (la cui analisi occupa protagonisticamente la Seconda Parte del libro) ad intraprendere con ironia amara un percorso di smascheramento delle incoerenze celate in quelle opzioni di fondo; a constatare con dolore, da un volontario esilio parigino, la *deutsche Misere* dovuta alla discrepanza fra avanzamento intellettuale ed arretratezza sociale e istituzionale, alla inesistenza effettiva del *Volk* di nazione tedesca tanto invocato dai Germanisti, alla incapacità attuale del diritto — del *Volksrecht* quanto del *Juristenrecht* (8) — di risolvere tale infelicità.

Dal punto di vista prettamente storico-giuridico, occorre anticiparlo subito, la ricostruzione di Foi non propone grandi novità, apparendo largamente tributaria di letture ormai divenute in un certo senso canoniche nel panorama italiano (9); né d’altronde è questo il suo scòpo.

liberale in Germania. Altrettanto noto è come sull’altro confine temporale di tale periodo la storiografia non concordi; il termine, seguendo la scelta compiuta dalla stessa Foi (cfr. p. 107), varrà qui ad indicare il periodo compreso fra il 1815 e il 1848.

(7) Foi intitola la Prima Parte del libro proprio a « La ‘giuridicità segreta’ del *Vormärz* », illustrandola come « la capacità della riflessione sul diritto di uscire dai propri binari disciplinari per diventare il fermento di una ricerca più vasta » (p. 56), così che « l’indagine giuridica avvalora e incrementa altri campi di ricerca: quella linguistica, filologica, storica e letteraria » (p. 50).

(8) L’accenno a queste categorie nella loro accezione beseleriana vuol evocare il dibattito scientifico-politico che si sviluppa in seno alla Scuola Storica: se ne offriranno brevi chiarimenti al paragrafo 4.

(9) Ci si riferisce in particolare alle acquisizioni dovute all’opera di M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell’ottocento tedesco*, Milano, Giuffrè, 1979; alla ricostruzione di E.W. BÖCKENFÖRDE, *Die deutsche verfassungsgeschichtliche Forschung im 19. Jahrhundert*, Berlin, Duncker & Humblot, 1961, ampiamente circolata in Italia anche grazie alla traduzione curata da Pierangelo Schiera: ID., *La storiografia costituzionale tedesca nel secolo decimonono: problematica e modelli dell’epoca*, Milano, Giuffrè, 1970; nonché al grande lavoro ricostruttivo compiuto da Giuliano Marini (del quale soprattutto si avvertono influenze nell’interpretazione di Foi), specialmente fra gli anni Sessanta e Ottanta del secolo scorso, sulla storia del pensiero giuridico tedesco nel passaggio fra Sette e Ottocento. Per limitarsi alle sole monografie, è d’obbligo ricordare G. MARINI, *Savigny e il metodo della scienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 1966; ID., *L’opera di Gustav Hugo nella crisi del giusnaturalismo tedesco*, Milano, Giuffrè, 1969; ID., *Jakob Grimm*, Napoli, Guida, 1972; ID., *Friedrich Karl von Savigny*, Napoli, Guida, 1978. Queste opere mariniane, insieme a una nutrita serie di contributi minori, rendono nel complesso una prospettiva che tutt’oggi affascina per sobrietà ed equilibrio (cui non osta

La sua chiara pagina ha un altro pregio, ed è quello di svelare ed evidenziare, all'interno della mappa culturale da lei disegnata con agilità, numerose linee tematiche: fili che a tutta prima appaiono inestricabilmente aggrovigliati, ma che tratti e dipanati dalla sua analisi si scoprono dirigere sempre più ordinatamente verso un nodo problematico di ben maggiore dimensione.

È proprio alle soglie di questo formidabile esito che l'opera in esame si arresta: il *dies ad quem* della ricerca (tematico, ancor prima che cronologico) non le permette di coglierlo nella sua interezza, ma 'solo' — e pur non è cosa da poco — di sceverarne limpidamente le premesse. Lo stesso concetto di 'paradigma' ripetuto volentieri da Foi per indicare la serrata compenetrazione fra tensione poetica e costruzione giuridica nell'ottica di riscoperta delle radici nazionali — ancorché per molti versi assai calzante sotto vari profili culturali — non riesce a soddisfare pienamente lo storico del diritto, il quale è spinto piuttosto ad individuare in essa solo *uno* degli elementi che affollano in quegli anni le riflessioni della scienza giuridica, e che si comporranno infine nella grande ricapitolazione ideale (questa, sì, dagli effetti veramente paradigmatici) del 'modello' savignyano da cui pure traggono origine. A parere di chi scrive, tale risultato si otterrà allorché Savigny, coronando un progetto a lungo coltivato, nel primo volume del *System* dispiegherà una teoria complessiva di grande articolazione concettuale, destinata a sorreggere il successivo (non solo suo) sforzo costruttivo.

L'estesa e composita vicenda ben evocata dall'opera di Foi necessita insomma, per essere valorizzata in una prospettiva storico-giuridica, di un appunto a margine. Scopo delle riflessioni che seguono sarà mettere a fuoco alcuni tratti notevoli di quella linea ricostruttiva, provando poi a raccogliarli in un'ipotesi di indagine sulla 'questione tedesca' rappresentata dal cammino che la proposta scientifica inaugurata da Savigny compie lungo i densi decenni del *Vormärz* ⁽¹⁰⁾.

2. *La dimensione popolare del diritto.*

Un primo punto focale del nostro discorso va individuato negli 'scritti programmatici' di Savigny ⁽¹¹⁾. Come anticipato, infatti, è pro-

un certo 'savignycentrismo', o spiccata simpatia per la Scuola Storica savignyana) e convince per solidità argomentativa.

⁽¹⁰⁾ Le ipotesi che si tenterà di formulare, nulla più che parziali, costituiscono temi di ricerca su cui chi scrive queste righe sta impostando il proprio studio per la dissertazione dottorale; sia consentito rimandare ad altra e più ampia sede l'approfondimento e la verifica degli spunti qui proposti.

⁽¹¹⁾ Tuttavia, un'esigenza di completezza ricostruttiva imporrebbe di esaminare preventivamente il periodo giovanile (che definiremmo pre-programmatico, o di im-

prio fra le pieghe della celebre *querelle* su una codificazione generale per la Germania ⁽¹²⁾ che Foi rintraccia l'emergere delle condizioni che

stazione metodologica) della produzione savignyana. In particolare, grande importanza ai fini del discorso rivestirebbe il primo Corso di metodologia giuridica che Savigny, professore appena ventitreenne, tenne a Marburg nel 1802-03. Com'è noto, il *corpus* delle lezioni ci è integralmente pervenuto grazie agli appunti redatti fedelmente ed in maniera quasi identica dai fratelli Grimm, pubblicati poi nel 1951 ad opera di Gerhard Wesenberg, con il titolo F.C. VON SAVIGNY, *Juristische Methodenlehre, nach der Ausarbeitung des Jacob Grimm*, Stuttgart, Koehler, 1951 (il curatore si basa sugli appunti del solo Jacob; la redazione di Wilhelm, che si iscrisse ai corsi l'anno successivo, gli è utile per integrazioni: cfr. la sua *Vorwort*, ivi, pp. 5-7). Il Corso può essere considerato per molti versi il fulcro della fase pre-programmatica, e costituisce il primo punto notevole di una riflessione che si svilupperà di pari passo, innervandola, all'intera produzione del giurista, e come tale utilissimo a ricostruirne le linee fondanti. Lo indicava già la relazione di A. MAZZACANE, *Prospettive vecchie e nuove: i corsi inediti di metodologia*, in « Quaderni fiorentini », 9 (1980), pp. 214-244, esposta nell'ambito del seminario internazionale di cui il volume citato raccoglie gli atti. Valendosi della consultazione del *Savignys Nachlaß* (non ancora inventariato all'epoca, ma oggi in parte digitalizzato e consultabile presso <http://savigny.ub.uni-marburg.de/db/>) acquisito all'università di Marburg nel 1978 e prima custodito presso la tenuta Trages dagli eredi dello stesso Savigny, Mazzacane poteva affermare: « Si può così constatare che dal 1809-10 fino al 1841-42 l'autore ha sempre tenuto un corso metodologico come introduzione a quello di Pandette [...] via via integrandolo o arricchendolo con modifiche anche sensibili, ma secondo un filo di riflessioni sostanzialmente omogenee. Tra la *Juristische Methodenlehre* e la prefazione al Sistema si svolge dunque un itinerario continuo: le pagine di quest'ultima racchiudono la formulazione definitiva, lungamente preparata, di idee fissate già molto presto nel loro impianto complessivo » (ivi, p. 229). Le preziose ricerche condotte da Mazzacane confluiscono poi nella sua più recente edizione delle Lezioni, promossa dal Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte: *Friedrich Carl v. Savigny: Vorlesungen über juristische Methodologie 1802-1842*, Id. (hrsg.), Frankfurt am Main, Klostermann, 2004². Si tratta di una seconda edizione ampliata: la prima, che risale al 1993, ha goduto sulle pagine dei Quaderni della bella recensione di P. CARONI, « Quaderni fiorentini », 24 (1995), pp. 410-416.

⁽¹²⁾ Sui protagonisti e le vicende della celeberrima 'polemica sulla codificazione' non è il caso di dilungarsi. Ci si limita ad annotare che la stesura del *Beruf* savignyano, nella sua parte teorica, ha avuto inizio ben prima della comparsa dello scritto di Thibaut, per poi essere ampliata, sulla scorta dell'interesse suscitato da quest'ultima pubblicazione, con una 'recensione dei codici moderni' che ne costituisce la cospicua parte finale. Le citazioni tratte dal libretto di Savigny si riferiranno alla prima edizione: F.C. VON SAVIGNY, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, Mohr und Zimmer, 1814. L'opera è consultabile anche nelle più recenti versioni in lingua italiana di F. De Marini Avonzo, *Sulla vocazione del nostro tempo per la legislazione e la giurisprudenza*, nel volume da lei curato *Savigny: antologia di scritti*

determineranno il 'paradigma giusletterario' del primo Ottocento, riconducendolo in particolare alla feconda sinergia fra le riflessioni del maestro francofortese e dell'allievo Jacob Grimm.

In effetti, se una figura può dirsi in qualche modo intellettualmente presente accanto a Savigny lungo tutto il suo percorso scientifico, è sicuramente quella di Grimm. Suo ammirato studente dal 1802, subito devoto amico e collaboratore ⁽¹³⁾, dal magistero di quel professore quasi coetaneo il giovane Jacob apprende certamente la tensione verso una metodologia storica di ricerca, da contrapporre alle astrazioni del metodo razionalista e matematico di stampo wolffiano. Tuttavia egli avverte anche ben presto l'urgenza di dedicarsi ad altro tipo di indagine.

Con una lettera al maestro, nel 1807 Grimm annuncia la sofferta decisione di allontanarsi dal diritto ⁽¹⁴⁾, motivandola con il disagio per una giurisprudenza intesa come studio sistematico della legislazione (la *Gesetzgebungswissenschaft* che Savigny professava nelle giovanili lezioni marburghesi ⁽¹⁵⁾), e dichiarando la propria insoddisfazione per la

giuridici, Bologna, il Mulino, 1980, pp. 43-76, e di M. Peretti, *La vocazione del nostro tempo per la legislazione e la giurisprudenza*, in A.F.J. THIBAUT, F.C. SAVIGNY, *La polemica sulla codificazione*, a cura di G. Marini, Napoli, ESI, 1982, pp. 93-197. A quest'ultima, ottima traduzione si è fatto riferimento per i passi riportati in italiano.

⁽¹³⁾ Grimm collabora fattivamente, già nel 1804 a Parigi, alla raccolta di materiale per lo studio di Savigny sulla giurisprudenza medievale: se ne rinvencono notizie in G. TEDESCHI, *Della vita scientifica e delle opere di Savigny, e della importanza della scuola storica del diritto*, introduzione alla sua traduzione del Beruf: F.C. DE' SAVIGNY, *La vocazione del nostro secolo per la legislazione e la giurisprudenza*, Verona, 1857, p. 32 e s. Il Tedeschi, che a tal proposito cita (ma senza addurre riferimenti) il « traduttore ed intimo di Savigny » Guenoux, si rifà certamente a quanto riporta C. GUENOUX, *Notice sur la vie et les ouvrages de Frédéric Charles de Savigny*, in F.C. DE SAVIGNY, *Histoire du droit romain au moyen-âge*, I, Paris, Hingray et Durand, 1839, pp. 1-23. Di quell'aiuto Savigny serberà ricordo nella *Vorrede* alla sua monumentale *Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter*, I, Heidelberg, Mohr und Zimmer, 1815, p. XIV.

⁽¹⁴⁾ La lettera, datata 9 marzo 1807, è leggibile in *Briefe der Brüder Grimm an Savigny*, W. Schoof, I. Schnack (hrsg.), Berlin, Schmidt, 1953, p. 28 e ss. Di quanto la scelta dovette apparire grave a Grimm è indicativa traccia anche la breve frase che Foi antepone in esergo al proprio libro: « Rimane quasi una macchia su chi passa da una scienza a un'altra: come se fosse passato a un'altra religione ». La troviamo proprio nella lettera in esame: cfr. ivi, p. 30.

⁽¹⁵⁾ In particolare la prima sezione del Corso metodologico, dedicata alla *Absolute Bearbeitung des Rechtswissenschaft*, era quella che più direttamente esponeva le ragioni di un diritto positivo pienamente identificato nella 'legge'; un diritto emanato da uno Stato indiscusso (che in quel primo stadio della riflessione di Savigny rimaneva sullo sfondo, necessario garante di limiti alla volontà dei singoli), come unico oggetto di

mancanza in essa di quella 'inesauribilità', quella 'insondabilità' che egli invece insegue con maggior appagamento nell'antica poesia popolare e nel mito. La stessa necessità del diritto di applicarsi in modo certo, del resto, ne fa venir meno la scientificità:

[...] dal momento in cui interviene quel tipo di ragionamento, che è l'applicazione, da allora non v'è più scienza. Perché soltanto il ritrovamento, l'indagine e l'esposizione di ciò che è stato indagato può meritare questo nome, non la conoscenza di ciò che è stato risolto ed è chiaro (16).

Per Grimm la *Gesetzgebungswissenschaft* non può essere vera scienza, poiché si costruisce intorno all'applicazione di ciò che è stato già disposto una volta per tutte dal legislatore; può rivestirsi certo di un ottimo valore pratico, ma non scientifico.

Nel '14 egli saluterà dunque con favore ed entusiasmo la pubblicazione del *Beruf*, che gli rimarrà il più caro fra gli scritti di Savigny, rinvenendovi esposte, con l'autorevolezza e l'equilibrio consueti del maestro ma anche con inedita decisione, intuizioni che egli stesso ha già concepito autonomamente. Vi potrà infatti leggere, in apertura del Capitolo II (« Entstehung des positiven Rechts »):

Dovunque noi troviamo storia documentata il diritto civile ha già un carattere determinato, peculiare per quel popolo così come lo sono la lingua, i costumi, la costituzione. Tutte queste manifestazioni non hanno in effetti un'esistenza separata, ma sono singole energie e attività di un unico popolo,

elaborazione scientifica. Non vogliamo ora addentrarci in un terreno — quello dell'interpretazione interna dell'idea savignyana di legislazione — che in questa ristretta sede rischierebbe di farsi assai scivoloso e di condurre il discorso ben oltre i suoi limiti tematici. Si annota solo che, dato il ruolo assolutamente centrale che nella *Methodenlehre* rivestiva la 'legge' come unica vera fonte del diritto, l'attività scientifica per eccellenza risultava essere quella interpretativa (pur condotta secondo caratteri già timidamente 'costruttivi'): è proprio questa la natura della *Gesetzgebungswissenschaft* (o *Rechtswissenschaft*, o *Jurisprudenz*, vocaboli utilizzati nella *Methodenlehre* con piena identità di significato, come nota MARINI, *Friedrich Karl von Savigny*, cit., p. 62). Secondo MAZZACANE, *Prospettive vecchie e nuove*, cit., p. 235, il termine *Gesetzgebungswissenschaft*, « insolito se non addirittura nuovo » risponderebbe all'esigenza di un'espressione lessicale per indicare una « scienza non di singole fonti legislative, ma dell'intero sistema normativo, dell'intero diritto come fatto divenuto e costituito ». L'espressione, come Mazzacane avverte *ibidem*, viene però abbandonata negli appunti per i corsi successivi a causa della sua ambiguità.

(16) *Briefe*, Schoof, Schnack (hrsg.), cit., p. 29, secondo la traduzione di G. MARINI, *Diritto romano e diritto germanico, teoria e pratica, e il destino personale di Jacob Grimm*, in « Rivista internazionale di filosofia del diritto », 49 (1972), p. 529, ora leggibile anche in ID., *Storicità del diritto e dignità dell'uomo*, Napoli, Morano, 1987, p. 212.

nella loro natura indissolubilmente connesse che solo alla nostra osservazione si presentano come elementi dissociati. Ciò che le collega in un tutto unico è il comune convincimento del popolo, l'uguale sentimento di una necessità interiore che esclude ogni idea di un'origine accidentale e arbitraria (17).

A scrivere è certo l'ideale discepolo di Hugo e di Göttingen, ma tale ascendenza non può nascondere la portata innovatrice di queste righe (18). Savigny scrive di un diritto connaturato alla vita del popolo, sua espressione necessaria come il costume e il linguaggio, e che rappresenta insieme ad essi una vera e propria epifania dello 'spirito popolare'. *Volksgeist* è un termine che solo molto più tardi, nel *System*, farà la propria comparsa per la penna di Savigny; se ne serviranno prima altri, ma il concetto basilare è già tutto qui, nel *Beruf*.

Questa compenetrazione sostanziale fra il diritto e le altre espressioni dell'animo popolare restituisce un'immagine complessiva necessariamente dinamica, uno sguardo su un fenomeno colto nel suo sviluppo continuo attraverso la storia. Tale movimento, altrimenti indistinguibile nella sua fluidità, viene rappresentato da Savigny dipingendo le fasi tipiche e peculiari della vita del popolo, secondo lo schema triadico di giovinezza-maturità-senescenza. La *Jugendzeit der Völker*, idea cara al gusto romantico, evoca scenari di primitiva spontaneità: si tratta di un tempo in cui il diritto « im Bewußtseyen des Volkes lebt », vive nella coscienza popolare. Il popolo in questa fase è capace di avvertire ed apprezzare spontaneamente le norme giuridiche al pari dei legami familiari, talché esse diventano, senza mediazione, « oggetto di fede popolare » (19). Una consuetudine dalle origini memorabili, vera e prima fonte del diritto, affonda le radici proprio in questa epoca

(17) SAVIGNY, *Beruf*, cit., p. 8 (trad. it. p. 97).

(18) Alcuni debiti teorici dello storicismo savignyano (verso Hugo e Möser, ma anche verso Montesquieu e Herder) vengono richiamati da FOI alle pp. 73-76.

(19) « Questa giovinezza dei popoli è povera di concetti, ma gode di una chiara coscienza della sua situazione, la sente e la vive in profondità, mentre noi nella nostra esistenza artificiosamente complicata siamo sopraffatti dalla nostra stessa ricchezza invece di goderla e dominarla » (SAVIGNY, *Beruf*, cit., p. 9; trad. it. p. 98). L'amore per la fresca giovinezza del popolo è senza dubbio un motivo proprio del gusto romantico, che non di rado eccede nell'idealizzarne i tratti. Savigny si serve dell'illustrazione da lui compiuta anche nel séguito del *Beruf*, esplicitandone un ulteriore senso: « Se in genere la storia anche nella gioventù dei popoli è una nobile maestra, in età come la nostra essa ha anche un'altra e più sacra missione. Solo per il suo tramite infatti può essere mantenuto il vivo collegamento con le situazioni originarie dei popoli, e la perdita di questo collegamento non può che sottrarre ad ogni popolo la parte migliore della sua vita spirituale » (ivi, p. 117; trad. it. p. 168).

idealizzata (20). È questo l'èvo in cui più evidente è la parentela del diritto con il linguaggio, la quale poi per successivi sopravventi viene a sommersi, pur non scomparendo mai completamente.

Grimm non può rimanere indifferente a questi richiami: per l'allievo memore dei toni ben diversi delle lezioni marburghesi, la lettura del *Beruf* costituisce certo una graditissima sorpresa (21); partendo da qui egli può intraprendere un proprio percorso di riscoperta e riconciliazione con la scienza giuridica. Primo frutto di questo itinerario, e momento centrale nella teorizzazione del diritto come fenomeno spirituale della vita del popolo, è il saggio *Von der Poesie im Recht*, con cui Grimm nel 1816 contribuisce al secondo volume della *Zeitschrift* savignyana (22). In esso le riflessioni maturate nei suoi studi

(20) G. DILCHER, *Die Germanisten und die Historische Rechtsschule. Bürgerliche Wissenschaft zwischen Romantik, Realismus und Rationalisierung*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2017, p. 13 e ss., osserva come in tale frangente l'operazione di Savigny consista nell'ancorare la 'legittimazione' del diritto non alla legge od allo Stato — del resto, « für Deutschland welchen Staates? » (ivi, p. 14) —, come invece proponeva Thibaut (e, aggiungiamo, come ancora risultava possibile al giovane della *Methodenlehre*, fresco di formazione tardo-settecentesca), bensì ad una esperienza passata (non prossima ma remotissima, ed idealizzata) intangibile dagli arbitri contingenti. Mettendo a partito la tesi koselleckiana del *Sattelzeit*, Dilcher argomenta su come un riferimento diretto all'immediato passato non potesse garantire soluzioni valide per il presente: Savigny nel '14 si rende conto che i modelli giuridici offerti dall'*Usus modernus* e dal razionalismo vengono squalificati dalla situazione di rapido cambiamento e incertezza politico-sociali. La teoria dello sviluppo giuridico attraverso la vita del popolo permette invece di accedere « auf die früheren 'naturgemäßen' Zustände, in denen der jugendliche Geist des Volkes unmittelbar wirken konnte, und auf die überzeitlich vorbildhafte klassische Periode der Rechtskultur bei den römischen Juristen. Der erstere Zugriff auf die eigene Volksgeschichte wurde den Germanisten zugewiesen, den Romanisten der letztere » (ivi, p. 16). Per la contestualizzazione, la rilevanza ideale e le ricadute più specificamente teorico-dogmatiche di tale operazione, lettura di straordinaria profondità (ricca di spunti che ancora attendono di essere percorsi fino in fondo) è offerta da P. CAPPELLINI, *Systema Iuris*, 2 voll., Milano, Giuffrè, 1984-85.

(21) Nella lettera in cui Grimm si congratula con Savigny del *Beruf* egli scrive: « non ho bisogno di dirLe come la mia gioia divenga doppia, per il fatto che posso sperare di incontrarLa su questa strada prima insospettata, io che mi ero allontanato da Lei e, posso adesso confessarlo, di continuo mi muovevo segreti rimproveri [...] a causa della mia personale devozione per Lei e per le Sue dottrine, che io dovevo superare ». Si legge in *Briefe*, Schoof, Schnack (hrsg.), cit., p. 171, qui citato secondo la traduzione di MARINI, *Jakob Grimm*, cit., p. 165.

(22) J. GRIMM, *Von der Poesie im Recht*, in « *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* », II (1816), pp. 25-99 (da cui si traggono i riferimenti), poi trasfuso in *Id.*, *Kleinere Schriften*, Berlin, Dümmler, 1882, Bd. VI, pp. 152-191. Grimm aveva già

filologici si riallacciano al potente messaggio del *Beruf*, restituendo un'immagine sacrale e poetica del diritto. Il diritto è per Grimm inscindibilmente collegato alla lingua nazionale, alla poesia, al mito, alla fede, alle espressioni insomma più genuine dello spirito popolare; lo studio di esso (specialmente nelle consuetudini locali, dimensione privilegiata della spontanea creazione giuridica) diviene dunque per lui degno complemento della indagine filologica, grammaticale, linguistica. In tale ottica, il fenomeno giuridico e quello poetico, « cresciuti dalla stessa culla »⁽²³⁾, sono còlti nella loro specifica valenza spirituale, come elementi di origine divina, interiori e comuni ad una stessa nazione; teatro del loro secolare sviluppo è la storia, continuamente progrediente in un susseguirsi di libere espressioni creative. Sarebbe del tutto insensato pretendere di escogitare a tavolino una lingua o un diritto: lingua e diritto, patrimonio vivente di un popolo, vengono semmai 'scoperti' e innovativamente elaborati da poeti e giudici, la cui opera ('trovare' ciò che esiste e, partendo da esso, 'creare' il nuovo) è di natura sostanzialmente identica; le parole antiche del resto lo testimoniano: i giudici erano detti *Finder*, i poeti *trobadores* e *trouveurs*; gli uni *Schöf-fen*, gli altri *ποιηταί*⁽²⁴⁾. Figura esemplare di questa dinamica di 'raccolta e rielaborazione' viene ravvisata da Grimm in Eike von Repgow, che alla compilazione dell'antico diritto dei Sassoni antepose la propria ammissione di appartenere ad una tradizione 'sacrale' più grande di lui⁽²⁵⁾.

Grimm guarda con ammirazione all'antichità del popolo che

partecipato al primo volume della rivista; tuttavia il saggio del '16, con la sua intenzione di « das Recht unter den Gesichtspunkt der Poesie zu fassen und aus der einen in das andere lebendiges Zeugnis geltend zu machen » (ivi, p. 25), viene individuato nella ricostruzione di Foi come prima applicazione scientifica del paragone fra diritto e linguaggio nonché atto di nascita della ricerca giusletteraria destinata a tradursi nella tensione politica dei Germanisti, ma soprattutto come il primo segnale della 'giuridicità segreta' che pervade tante espressioni letterarie del *Vormärz*.

⁽²³⁾ « Poesie und Recht aus einem Bette ausgestanden waren » (ivi, p. 27) e le loro esistenze saranno sempre compenstrate: « Was aber aus einer Quelle springt, das ist sicut jederzeit auch selbst verwandt und greift in einander; die Poesie wird sorglich das Recht enthalten wie das Gesetz die Poesie in sich schließen » (ivi, p. 28).

⁽²⁴⁾ Ivi, p. 30. Le pagine del saggio sono costellate di simili accostamenti etimologici.

⁽²⁵⁾ « Diz recht en han ich erdacht / Ez habn von altere an uns bracht / Unse guten vorvaren », recitava il *Sachsenspiegel* (se ne ha sott'occhio un'edizione critica curata da K.W. GÄRTNER, *Eykens von Repgow Sachsenspiegel oder das Sächsische Land-Recht*, Leipzig, 1732, p. 7); « Dies Recht hab ich nicht erdacht / es haben von Alter uf uns bracht / unsere gute Vorfahren » è la versione di GRIMM, *Poesie im Recht*, cit., p. 26 in nota.

lègge tratteggiata anche da Savigny, avvertendola come un tempo fecondo di poetica spontaneità: la sua intera opera è disseminata delle tracce di questa tensione nostalgica ⁽²⁶⁾. Ed è proprio a quell'era originaria che si riferisce, trovandovi la propria natura, la *alte Freiheit des Volkes*, l'antica 'libertà germanica' che tanto verrà invocata dallo schieramento germanista: Grimm stesso ne parlerà nello scritto *Über meine Entlassung* ⁽²⁷⁾, allorché dovrà difendere le proprie scelte dopo la cacciata da Göttingen nel 1837 ⁽²⁸⁾. L'ingiustizia perpetrata dal sovrano ai danni del proprio popolo sarà in quell'occasione vissuta come rottura del continuo storico, decadimento da un'armonia antica che può ancora essere attuale, ma che è stata accantonata per l'arbitrio di un monarca.

L'appassionata dedizione allo studio delle antichità germaniche, e l'afflato etico che ne trarrà (ben descritto da Foi), condurranno infatti Grimm ad una risolutezza politica che né il distaccato Savigny né lo stesso fratello Wilhelm raggiungeranno; presidente dei Germanisti riuniti a congresso, egli occuperà poi un seggio alla *Paulskirche*, ed in quell'occasione vorrà pronunciare parole che richiamano ad un panorama di progresso come naturale corrispondenza allo spirito dei tempi,

⁽²⁶⁾ Un sentimento di nostalgia che pare albergare nella stessa coscienza popolare come la intende Grimm; ne è testimonianza anche la struttura delle fiabe (le *Hausmärchen* per le cui raccolte i fratelli Grimm rimarranno celebri nell'immaginario collettivo mondiale), come suggerisce MARINI, *Jakob Grimm*, cit., p. 37 e s. citando ampia letteratura: esse narrano le peripezie dei protagonisti nel loro ritorno ad una originaria condizione di armonia e felicità.

⁽²⁷⁾ J. GRIMM, *Jakob Grimm über seine Entlassung*, Basel, Schweighauser, 1838 (poi raccolto, con il titolo *Über meine Entlassung*, in Id., *Kleinere Schriften*, cit., Bd. I, pp. 25-56). Pubblicato in Svizzera ma ampiamente diffuso in tutta la Germania, lo scritto rivela la natura etica della protesta.

⁽²⁸⁾ Ci si riferisce all'episodio dei sette professori che, proprio nel centenario di fondazione dell'Ateneo gottinghese, levarono la loro ferma protesta contro il ritiro della Costituzione da parte di Ernst August nuovo re di Hannover (il quale, successo al trono, aveva sospeso la Seconda Costituzione del *Land* concessa nel '33 da suo fratello Guglielmo, per poi annullarla definitivamente passati alcuni mesi). Albrecht, Dahlmann, Ewald, Gervinus, Jacob e Wilhelm Grimm e Weber si rifiutarono di prestare giuramento al nuovo sovrano, esponendosi così alla dimissione dall'incarico accademico (e tre di loro, tra cui Jacob, all'esilio, poiché considerati animatori della protesta), e passando alla storia come *Göttinger Sieben*. Alle numerosissime voci di solidarietà nei loro confronti non si unì però quella di Savigny, perplesso (lui così alieno a dirette faziosità o attivismi politici, e pure intimamente in disaccordo con il comportamento del sovrano) dalla esuberanza del gesto: ciò tuttavia non farà venir meno la devozione di Grimm nei confronti del maestro.

ed al giusto ritorno delle istituzioni monarchiche ad una antica e sobria unione con il popolo ⁽²⁹⁾.

La dimensione collettiva del popolo attraverso la storia, la coralità della politica, la coralità del diritto e della poesia, della scienza e della prassi, sono motivi che echeggiano continuamente nella riflessione di Grimm; con queste idee in mente, egli potrà affermare nel '54, licenziando il primo volume del *Deutsches Wörterbuch*, che la redazione di esso è stata possibile solo grazie alla « calda partecipazione del popolo » ⁽³⁰⁾. Jacob sopravvivrà alla rivoluzione mancata, al fallimento delle speranze liberali, al fratello Wilhelm, al culmine sistematico dell'opera savignyana e a Savigny stesso; e nei suoi ultimi anni oserà confessare: « quanto più invecchio, tanto più divento democratico » ⁽³¹⁾.

3. *La dimensione scientifica del diritto.*

Ma anche all'altra insoddisfazione espressa da Grimm nel 1807, quella per la mancanza di scientificità nel diritto, l'opera del maestro offriva una risposta. Se infatti (continuando a seguire la periodizzazione ideale proposta da Savigny nel *Beruf*) nella giovinezza dei popoli « la vera sede del diritto è la coscienza comune del popolo » ⁽³²⁾, nella fase della 'civiltà in sviluppo' esso « appartiene alla coscienza dei giuri-

⁽²⁹⁾ Commentando il discorso *Über Adel und Orden* pronunciato da Grimm alla *Paulskirche* (leggibile in GRIMM, *Kleinere Schriften*, cit., Bd. VIII, pp. 439-443), così riassume MARINI, *Jakob Grimm*, cit., p. 124: « il problema degli ordini deve essere risolto secondo lo spirito dell'antica libertà germanica: il re, i principi, a cui Grimm professa la sua devozione, devono 'ritornare alla semplicità della nostra antichità'; e gli ordini, nati nell'ambito militare, devono scomparire dalla vita civile ». Una sintesi della riflessione di Grimm e dei Germanisti intorno alla natura della società per ceti è offerta da Foi alle pp. 110-117.

⁽³⁰⁾ Come nota Foi (p. 103), citando GRIMM, *Kleinere Schriften*, cit., Bd. VIII, p. 309. Questa dedica della sua maggiore fatica può essere letta come dedica della lotta contro una grammatica 'legislatrice' e per una grammatica 'vivente': di una visione, in certo modo, 'democratica' dei processi linguistici. Lo sostiene G. MARINI, *Il paragone tra diritto e linguaggio nella giurisprudenza romantica*, ora in ID., *Storicità del diritto e dignità dell'uomo*, cit., p. 49.

⁽³¹⁾ Lo farà, come riporta Foi (p. 95), all'amico Georg Waitz, in una lettera che questi ricorderà pronunciando un discorso commemorativo nel 1863, dopo la morte di Grimm: G. WAITZ, *Zum Gedächtnis an Jacob Grimm. Gelesen in der Königlichen Gesellschaft der Wissenschaften den 5.12.1863*, in *Abhandlungen der K. Ges. der Wiss. zu Göttingen*, Bd. 11, Göttingen, 1864.

⁽³²⁾ SAVIGNY, *Beruf*, cit., p. 11 (trad. it. p. 99).

sti »⁽³³⁾. Questo stadio della vita popolare, frutto di una progressiva specializzazione di competenze prima comuni, determina la comparsa della scienza giuridica: essa esiste ora in quanto custode del diritto o, meglio, del suo aspetto « tecnico », poiché quello definito « politico », pur meno spontaneo e visibile, continua a vivere riposto nel profondo della coscienza popolare⁽³⁴⁾. I due aspetti, ammonisce Savigny, non sono mai del tutto scindibili, ma la scienza fa ora da tramite, perciò il diritto si compone anche di elementi per così dire 'indiretti', raffinati cioè dalla competenza specifica dei giuristi.

E con quali modalità opera la 'scienza' dei giuristi così individuata? Una risposta può provenire dall'analisi che Savigny dedica all'impatto della legislazione sul quadro sostanzialmente armonico tratteggiato finora⁽³⁵⁾. Al terzo Capitolo, « Gesetze und Rechtsbücher », egli distingue due tipologie di legislazione⁽³⁶⁾: una è considerata deleteria per l'armonica evoluzione del diritto, un disturbo indebito che deriva dalla unilaterale volontà del legislatore⁽³⁷⁾; l'altra tipologia, invece, nasce già immediatamente atta ad installarsi sul tessuto consuetudinario, ed anzi lo arricchisce e ne esplicita il senso, lo fa progredire poiché si contesse ad esso, preservandone al contempo la genuinità⁽³⁸⁾.

⁽³³⁾ Ivi, p. 12 (trad. it. p. 100).

⁽³⁴⁾ « Il diritto perfeziona d'ora in poi il suo linguaggio, prende un orientamento scientifico. [...] esso ha ora una doppia vita: continua ad essere un aspetto della vita complessiva del popolo, ma è anche una scienza particolare nelle mani dei giuristi. L'interazione di questi due principi vitali è la chiave di tutte le vicende successive » (ivi, p. 12 e s.; trad. it. p. 100).

⁽³⁵⁾ Lo 'spirito della legislazione' costituisce uno dei grandi interessi di fondo di Savigny: egli già nel 1810 ne scrive all'amico J.C. Bang, esponendo i propri desideri e progetti scientifici, che si avvereranno poi nelle sue maggiori opere; cfr. al proposito quanto riporta MARINI, *Friedrich Karl von Savigny*, cit., p. 97 e s. È interessante notare come la ricerca sullo 'spirito della legislazione' sia ancora, per ammissione dello stesso Savigny, l'idea meno definita e più nebulosa, ma anche quella che dovrà fungere da connessione teorica per le altre opere. Proprio essa, traducendosi nel *Beruf* e specialmente nella sua prima parte che stiamo considerando, sarà il primo concretamento di tali propositi.

⁽³⁶⁾ Come si comprende, il concetto di *Gesetzgebung* di cui Savigny fa largo uso in queste righe ha confini piuttosto ampi, e non va inteso in un senso squisitamente tecnico-formale, né in quello delle giovanili lezioni marburghesi.

⁽³⁷⁾ Cfr. ivi, p. 16 e s. (trad. it. p. 102 e s.).

⁽³⁸⁾ Si tratta di « un tipo di legislazione che viene in aiuto alla consuetudine, elimina i dubbi e le incertezze, e mette così in evidenza, e mantiene nella sua purezza, il diritto reale, la vera volontà del popolo » (ivi, p. 17; trad. it. p. 103). Com'è noto, tale tipo di produzione giuridica è emblematicamente individuato da Savigny nell'istituto romano dell'editto pretorio: cfr. *ibidem*. Anche Grimm, nella lettera del 1807 che abbiamo

I Codici non appartengono certo a questa seconda forma di normazione, rappresentando piuttosto un inopportuno tentativo di valere « come unica fonte di diritto sostituendosi a tutto il resto che vigeva finora »⁽³⁹⁾: tale pretesa di unicità e completezza è evidentemente una rincorsa ingenua, destinata al fallimento. Esiste tuttavia

una completezza di altro genere, che si può illustrare con un termine geometrico. In ogni triangolo vi sono certi dati dal cui rapporto derivano contemporaneamente e necessariamente tutti gli altri: il triangolo è dato da essi, ad esempio dai due lati e dall'angolo compreso. Analogamente ogni parte del nostro diritto contiene elementi dai quali derivano gli altri: possiamo chiamarli i principî fondamentali. Individuare tali principî, e partendo da essi cogliere l'intimo rapporto e il genere di relazione che unisce tutti i concetti e i principî giuridici [...] è proprio quello che dà carattere scientifico al nostro lavoro⁽⁴⁰⁾.

La natura del diritto, svela dunque Savigny, è intrinsecamente vocata ad esser trattata scientificamente, cogliendo i nessi che reggono « in intimo rapporto » tutti i concetti giuridici. Non si tratta di giustapporre artificialmente concetti isolati, ma di riconoscere l'intima, con-naturale unità delle espressioni giuridiche, che rende impossibile prescindere dall'intero nel considerare il particolare. La visione storico-sistemica che già si poteva scorgere, ancorà acerba, nella giovanile *Methodenlehre* ricompare qui irrobustita e vitalizzata entro un nuovo impianto decisamente organicistico. L'immagine del triangolo e dei nessi di cui è costituito rimanda a qualcosa di ulteriore, perfino di superiore: a dei principî che danno forma alle connessioni costituenti la « completezza » del diritto. Ma si tratta di 'principî' ben diversi da quelli tardo-settecenteschi. Il processo è qui invertito rispetto al deduttivismo della tradizione wolffiana: è partendo dalla considerazione del particolare che si giunge al principio, che al principio si risale⁽⁴¹⁾. Il

considerato poco sopra, guarda all'epoca dell'editto come al momento apicale della giurisprudenza romana: cfr. *Briefe*, Schoof, Schnack (hrsg.), cit., p. 29.

(39) SAVIGNY, *Beruf*, cit., p. 17 (trad. it. p. 103).

(40) Ivi, p. 22 e s. (trad. it. p. 106 e s.).

(41) Una intuizione sistematico-organicistica che, ci pare, verrà portata a compimento nel *Sistema*, tramite lo strumento tecnico e costruttivo dell'istituto, « cordone ombelicale che garantisce al sistema il respiro della storicità » (P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2010⁶, p. 167). Tra l'altro, proprio il riferimento ad una geometria triangolare viene adoperato, per esemplificare il meccanismo di interfacciamento fra norma, rapporto ed istituto nel *System*, da M. FIORAVANTI, *Savigny e la scienza di diritto pubblico nel Diciannovesimo secolo*, in « Quaderni fiorentini », 9 (1980), pp. 319-338. Secondo lo schema proposto, al vertice « sono posti gli istituti giuridici, mentre i due angoli in basso sono occupati, da una parte dai rapporti giuridici nelle loro

cómpito cui la scienza è chiamata, in perfetta aderenza allo spirito popolare, è questa opera di scoperta e ricostruzione dell'unità del diritto, il quale sgorga dalla coscienza unanime del popolo.

Savigny pertanto riconosce chiarissimi nel proprio tempo i segni di una mancanza di «intima vocazione» a consolidare la propria concezione del diritto «con l'autorità della legislazione»⁽⁴²⁾: la redazione di un codice non mediocre e non irrimediabilmente dannoso ha momenti e condizioni ben precisi, e soprattutto assolutamente rari⁽⁴³⁾. All'attualità, riconosciuta come periodo di decadenza, Savigny contrappone la grande fioritura del diritto romano classico, «modello di metodo giuridico»⁽⁴⁴⁾ in cui la grandezza dei giuristi è data dalla perfetta padronanza scientifica di un patrimonio di principî fondamentali paragonabile alla certezza matematica, tanto che, secondo

concrete manifestazioni, dall'altra dalle regole giuridiche, eventualmente contenute in atti del potere politico. [...] la teoria giuridica muove da uno degli angoli di base del triangolo per risalire al vertice; da qui essa ridiscende poi nel mondo delle regole giuridiche — all'altro angolo —, ricercandone una, in ipotesi contenuta in un atto legislativo, che sia in perfetta coerenza con i tratti fondamentali dell'istituto giuridico già noto e formato. [...] Non diversa, se non nel grado di generalità, è l'operazione che è chiamato a porre in essere l'operatore pratico del diritto [...]. In altre parole, le operazioni dei giuristi, ai diversi livelli nei quali possono essere collocate, hanno sempre e comunque una direzione obbligata, e soprattutto un punto di passaggio obbligato: l'istituto giuridico. Si può allora capire come il nostro triangolo non fosse in effetti tale, mancando completamente di un lato, quello che in ipotesi avrebbe potuto congiungere, in senso orizzontale, la norma giuridica direttamente con il rapporto da regolare.» (ivi, p. 331 e s.). Il lato mancante è proprio quello che impedisce di saltare 'a piè pari' l'istituto come necessaria chiave della norma e della sua valenza applicativa.

⁽⁴²⁾ Entrambe le citazioni: SAVIGNY, *Beruf*, cit., p. 24 (trad. it. p. 107).

⁽⁴³⁾ Il codice, pretendendo di immobilizzare in una posa a-temporale non solo precise norme ma una precisa *concezione* del diritto, sottraendolo al proprio spontaneo sviluppo, risulta doppiamente dannoso poiché invade e ingombra anche i tempi a venire: «Se in quest'epoca maturano infatti presupposti più propizi per la trattazione del diritto, non vi è niente di più benefico dei molteplici contatti con i tempi antichi e sapienti: ma vi si frapperà il codice, che impedirà e ostacolerà tali contatti in tutti i modi. [...] Un codice mediocre non fa che consolidare più che mai il predominio di una concezione del diritto rigida e inanimata». I tempi della gioventù e della decadenza del popolo, continua Savigny, sono incapaci di esprimere una buona codificazione; «Resta dunque solo un'età di mezzo, che si può considerare appunto per il diritto [...] il culmine dell'evoluzione. Ma una simile epoca non ha per se stessa l'esigenza di un codice: potrebbe casomai compilarlo per un'età successiva di decadenza, a mo' di provvista per l'inverno. Ma è raro che un'epoca si premuri così di provvedere ai suoi discendenti» (ivi, pp. 24-26; trad. it. pp. 107-109 *passim*).

⁽⁴⁴⁾ Ivi, p. 39 (trad. it. p. 116).

un'espressione divenuta celebre, « Sie mit ihren Begriffen rechnen »⁽⁴⁵⁾: essi calcolano coi proprî concetti. Oltre a questa maestria nel maneggiare raffinati prodotti concettuali, ed alla dotazione di un eccellente linguaggio tecnico che vi corrispondesse, i giuristi romani secondo Savigny lavoravano ad una « stessa grande opera », ad una comune costruzione; non guidati da miope individualismo, favorivano così la più felice unione fra una profondissima teoria e una grande utilità pratica⁽⁴⁶⁾. Ed è proprio il grado di sviluppo della scienza giuridica a determinare l'attitudine di un popolo a legiferare, secondo le virtù tipiche del buon giurista: « *sensu storico* per cogliere acutamente ciò che è peculiare di ogni epoca e di ogni forma di diritto, e *mente sistematica* per considerare ogni concetto e ogni principio nella sua viva relazione con l'insieme »⁽⁴⁷⁾.

Le strade per cui la storia ha condotto il popolo tedesco non incontrano, non ancorá, la possibilità di produrre una buona codificazione del diritto civile. La salvezza, ed insieme la intima vocazione del tempo di Savigny, dunque, non può che essere il profondo rinnovamento di una scienza giuridica ormai decadente e sprovvista di senso storico, che non risponde più al compito che lo spirito popolare le riserva. Non un rinnovamento rivoluzionario su basi inevitabilmente

⁽⁴⁵⁾ Ivi, p. 29. Per la collocazione ideale di simili riferimenti, spunto di riflessione particolarmente interessante è offerto da A. DUFOUR, *Essai d'interprétation des parallèles droit-langage et jurisprudence-mathématiques dans la pensée de l'Auteur du Vom Beruf*, in « Quaderni fiorentini », 9 (1980), pp. 379-382. Brevi notizie e considerazioni sugli interessi giovanili di Savigny per la matematica si rinvencono in MARINI, *Friedrich Karl von Savigny*, cit., p. 56.

⁽⁴⁶⁾ « [...] la loro teoria è sviluppata fino all'applicazione immediata, e la loro prassi è costantemente nobilitata dalla trattazione scientifica » (SAVIGNY, *Beruf*, cit., p. 30; trad. it. p. 111). Si tratta di una visione evidentemente idealizzata della maturità giuridica romana, tanto che « Sospesi fra l'impiego paradigmatico e la memoria antiquaria, i giureconsulti antichi sembrano condannati in eterno a vivere come fantasmi »: la colorita espressione è di M. BRETONE, *Tradizione e unificazione giuridica in Savigny*, in « Materiali per una storia della cultura giuridica », VI (1976), p. 208.

⁽⁴⁷⁾ SAVIGNY, *Beruf*, cit., p. 48 (trad. it. p. 122, corsivo mio). Viene qui in rilievo anche una critica che Savigny rivolge, più avanti nel testo, alla situazione francese, in cui la scienza, magnificata da Portalis, è invece del tutto sprovvista di senso storico, e dunque può offrire solo « servizi di scrivano nell'uso giudiziario »: ivi, p. 78 e s. (trad. it. p. 142). La continuità fra teoria e prassi giuridiche propugnata da Savigny deve essere invece sorretta da ben altra coscienza: « Appena perdiamo la consapevolezza della nostra relazione individuale con il grande insieme del mondo e con la sua storia, dobbiamo necessariamente vedere le nostre idee in una falsa luce di universalità e originalità. Da ciò preserva solo il senso storico, la cui applicazione più ardua è il volgerlo contro noi stessi » (ivi, p. 115; trad. it. p. 167).

arbitrarie; bensì la riscoperta di solide, profonde radici da cui coltivare un insieme, un 'sistema' giuridico degno dello sviluppo attuale del popolo. Se il combattivo *pamphlet* di Thibaut si soffermava a lusingare l'ipotesi codificatoria piuttosto sotto i suoi profili di opportunità pratica, l'alternativa savignyana al Codice passa tramite la messa in opera di strumenti propriamente scientifici ⁽⁴⁸⁾.

Inaugurando la *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* ⁽⁴⁹⁾, organo vitale della Scuola Storica, Savigny espone con decisione i fondamenti teorici che la identificano, conclamando subito la contrapposizione ormai creatasi fra essa (la *geschichtliche Schule*) e la scuola 'non-storica' (*ungeschichtliche*). Il solco che le separa, avverte Savigny, non si misura solamente sul terreno prettamente giuridico, coinvolgendo invece l'intero modo di considerare la storia ⁽⁵⁰⁾. La

⁽⁴⁸⁾ L'interpretazione offerta da P. CARONI, *La cifra codificatoria nell'opera di Savigny*, in « Quaderni fiorentini », 9 (1980), pp. 68-111, che evidenzia come Savigny non si limiti nel *Beruf* a rifiutare l'idea di Codice, ma anche offra una ben precisa alternativa: il sistema. Da tenere in conto è anche l'opinione espressa da F. Wieacker, in appunto agli interventi di quello stesso Convegno, riguardo al problema degli orientamenti conservatori o reazionari di Savigny: cfr. *ivi*, p. 304.

⁽⁴⁹⁾ La rivista, diretta da Savigny insieme a Karl Friedrich Eichhorn e Johann Friedrich Göschen, tiene le proprie uscite fino al 1850 per un totale di 15 volumi (ora tutti digitalizzati, insieme alle pubblicazioni fino al 1919 delle 'eredi' *Zeitschrift für Rechtsgeschichte* e *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, a cura del Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte: si trovano liberamente consultabili sul sito telematico della sua *Digitale Bibliothek*: <http://dlib-zs.mpiers.mpg.de/>). L'articolo inaugurale è F.C. VON SAVIGNY, *Über den Zweck dieser Zeitschrift*, in « *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* », I (1815), pp. 1-17 (da cui si traggono i riferimenti); si trova riprodotto con il titolo *Über den Zweck der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* in *Id.*, *Vermischte Schriften*, Berlin, Veit, 1850, I, pp. 105-126, ed *ivi* lo stesso Savigny, nella *Vorbemerkung*, lo collega al *Beruf* ed al primo volume del *System*.

⁽⁵⁰⁾ « Dieses also ist die allgemeine Frage: im welchen Verhältniß steht die Vergangenheit zur Gegenwart, oder das Werden zum Seyn? » (SAVIGNY, *Über den Zweck*, cit., p. 2 e s.). Contro la 'unilateralità' della *ungeschichtliche Schule*, per cui la storia rappresenta un semplice serbatoio di 'esempi politico-morali' ed ogni epoca può plasmare i propri caratteri in totale libertà, secondo la Scuola Storica « was als einzeln angesehen werden kann, ist, vor einen anderen Seite betrachten, Glied eines höheren Ganzen. So ist [...] jedes Zeitalter eines Volkes [notwendig zugleich zu denken] als die Fortsetzung und Entwicklung aller vergangenen Zeiten [...]. Die Geschichte ist dann nicht mehr bloß Beispielsammlung, sondern der einzige Weg zur wahren Erkenntniß unsers eigenes Zustandes » (*ivi*, pp. 3-4, *passim*). Ben nota è la lettura di W. WILHELM, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert*, Frankfurt am Main, Klostermann, 1958, secondo cui la Scuola Storica in realtà era « se si confrontano teoria e prassi, non storica, proprio nel senso in cui essa voleva fosse concepito il processo storico stesso.

Scuola Storica costruisce sé stessa attorno alla consapevolezza che non vi è alcuna identità di un tempo, di un popolo, di una concezione giuridica, se non all'interno di una totalità progrediente e vivente; astrarne singole espressioni è di grave ostacolo alla scienza, poiché recide le connessioni di cui esse sono intessute, di cui anzi sono il risultato. In quest'ottica storicista ed organicista, il senso e la reale ragion d'essere delle espressioni giuridiche particolari possono essere colti solo quando si sappia allargare lo sguardo all'insieme che ne costituisce il contesto naturale.

L'idea di un continuo ed ininterrotto avvicendamento dei tempi, che pur consente di conservare quanto ormai superato, fa della storia chiave di comprensione ed al contempo oggetto di lavoro per la *scientia iuris*, che in essa troverà la propria, ora sopita, originaria vitalità popolare. La storia diviene punto d'incontro fra spirito popolare e scienza del diritto. Concettualmente, il passo che condurrà al *System* non è affatto lungo, ma richiederà una trentennale opera di *definizione* attraverso gli articolati percorsi della Scuola Storica.

4. 'Popolo', 'scienza' e politica: il modello savignyano in mano ai Germanisti.

Gli 'scritti programmatici' degli anni Dieci segnano un netto spartiacque nell'avventura intellettuale di Savigny, pur non contrappo-
nendosi frontalmente alle prime opere dogmatiche e metodologiche, ma costituendone piuttosto una sorta di intenzionale evoluzione. La riflessione savignyana si protende in avanti, compie uno slancio verso un'opera futura, necessariamente collettiva e pazientemente coordinata, di rifondazione epistemologica del diritto. Le fortunatissime intuizioni in essi contenute possiedono la forza intrinseca di raccogliersi in una proposta, in un complesso di elementi fra loro organizzati, dotato di straordinaria progettualità, che richiama fortemente all'organicità del fenomeno giuridico ed alla unione di scienza e prassi come parti concordemente attive. Emerge dagli scritti programmatici, in sostanza, ciò che possiamo individuare come un vero e proprio 'modello savign-

Essa [...], la quale così vivacemente negava la possibilità di un distacco dal passato, si adattava assai bene ad un distacco dal presente » (nella trad. it. di P.L. Lucchini: Id., *Metodologia giuridica nel secolo XIX*, Milano, Giuffrè, 1974, p. 38). La « visione fatale e fatalista » (Wilhelm trae l'espressione proprio da Heinrich Heine: cfr. ivi, p. 39, nota 86) che i caratteri insiti nella teoria della Scuola suggerivano viene ricollegata così ad una evidente tendenza 'quietistica' in ambito politico: « Se la tradizionale dottrina giuridica della scuola difendeva la 'legittimità' nel campo del diritto, la sua prassi scientifica servì in parte ad una passività politico-giuridica, in parte alla diretta giustificazione dell'ordinamento giuridico esistente » (ivi, p. 38; cfr. anche le pp. seguenti).

yano' di approccio al diritto, che riesce a catalizzare intorno a sé l'articolato movimento di pensiero e di opera che si definisce Scuola Storica ⁽⁵¹⁾. La spendita del termine 'movimento' vuol indicare l'ineadeguatezza di considerare la Scuola come un qualcosa di statico o come struttura ermeticamente separata dalle forze culturali contemporanee. In seno ad essa si svolgono infatti le vicende scientifiche di personalità assai eterogenee, che in alcuni casi, pur affascinate dal potente progetto, se ne pongono polemicamente ai margini. Il modello inaugurato da Savigny è però, in ogni caso, il nucleo centrale attorno a cui orbitano tensioni e protensioni che caratterizzano i lavori della Scuola negli agitati anni del *Vormärz*: esso esercita una propria forza centripeta nei confronti delle diverse voci e riflessioni interne (e non) alla *geschichtliche Rechtsschule*, configurandosi vieppiù come ideale ossatura di quella prospettiva culturale. Ed è proprio la intrinseca dinamicità della Scuola ad arricchire lo stesso modello savignyano di elementi che risulteranno determinanti per una sua riuscita come proposta scientifica 'vincente' del *Vormärz*.

In questa chiave pare opportuno leggere anche il dibattito, evocato da Foi, che presto si sviluppa fra le due branche della Scuola, quella germanista ⁽⁵²⁾ e quella romanista, il quale verte anzitutto sul peso dello studio scientifico del diritto germanico: per i primi dotato di una propria autonomia storica e rispondente ai caratteri peculiari del popolo tedesco; per i secondi inscindibilmente avvinto, tramite i plurisecolari fenomeni di recezione, nella fitta ed assorbente trama del diritto comune a base romanistica. I Germanisti vedono gli istituti propri della consuetudine nazionale come protagonisti di un autonomo sviluppo nella coscienza popolare, e perciò passibili ed anzi bisognosi di una trattazione scientifica approfondita e dedicata. L'attenzione di cui essi circondano le specificità germaniche viene invece decisamente ridimensionata dai Romanisti, che trovano nel diritto romano un monumento di civiltà giuridica *non* proprio ed esclusivo degli antichi Romani, bensì patrimonio universale ormai penetrato capillarmente nel

⁽⁵¹⁾ Occorre segnalare, per una considerazione sinottica della Scuola Storica, un libro pubblicato proprio mentre si conclude il presente scritto, e di cui ancora non si è potuto disporre: H.P. HAFERKAMP, *Die Historische Rechtsschule*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2018.

⁽⁵²⁾ Recentissimo punto di riferimento per gli studi sul movimento Germanista (e i suoi sviluppi di 'lungo' termine, oltre la metà e la fine del secolo) è rappresentato dalla raccolta di scritti di DILCHER, *Die Germanisten und die Historische Rechtsschule*, cit., che riunisce i frutti di oltre quarant'anni di ricerche, indirizzandoli entro una prospettiva unitaria ben illustrata da un saggio introduttivo di spessore.

comune sentire del popolo, unica solida base su cui poter operare una costruzione sistematica adatta ai tempi ⁽⁵³⁾.

Le potenzialità disgreganti di tale contrasto sul progetto savigniano sarebbero già evidenti ⁽⁵⁴⁾; il quadro però si complica ulteriormente non appena si consideri la forte valenza politica di cui lo schieramento germanista si riveste, ed in particolare il suo stretto legame con il movimento liberale. Occorre anche qui precisare la profonda eterogeneità del liberalismo del *Vormärz*: in alcune sue frange (anche territorialmente connotate: gli Stati meridionali risentono infatti

⁽⁵³⁾ Si può utilmente confrontare, a tal proposito, quanto sostiene MARINI, *Friedrich Carl von Savigny*, cit., p. 105 e ss., che individua alcune motivazioni filosofico-culturali di siffatta concezione in « un diffuso platonismo, o spinozismo, per il quale le varie individualità sono il riverbero di un'unica sapienza divina [...]. Così, all'interno di un unico spirito universale, vi saranno vari spiriti nazionali, ciascuno a suo modo rivelatore di quell'unica realtà » (ivi, p. 106). Ciò può illuminare un senso ulteriore della dottrina del *Volksgeist* come già contenuta nel *Beruf*, ma anche contribuisce a chiarire quella che appare una contraddizione: perché, se è lo spirito particolare di un popolo a causarne le espressioni giuridiche, il diritto romano viene visto da Savigny (e dai Romanisti della Scuola) in tale centralità per il popolo tedesco? Come asserisce Marini, richiamandosi alla sensibilità classica di Savigny, dal monumento culturale che fu il diritto di Roma è sorta una vera e propria *κοινή* europea, per cui la *Rezeption* è stata « la consacrazione di una più profonda unità spirituale », la quale « non nega le particolarità esistenti nel suo seno: il diritto germanico, gli altri diritti europei », ma è « espressione di ciò che sono stati la comune cultura, il comune modo di sentire dell'Europa » (ivi, p. 106 e s.); il diritto romano dunque, a differenza di quanto già lamentava Thibaut, non è affatto un diritto straniero. Suggestendo, con ciò, quella vena cosmopolitica ed irenica che spesso Marini mostra di rintracciare nel pensiero di Savigny, di tale lettura *passim* si rinvencono tracce anche nell'opera di Foi.

⁽⁵⁴⁾ La tensione fra i due orientamenti interni alla Scuola Storica culmina a fine anni Trenta, con la creazione della *Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft*, diretta da August Ludwig Reyscher e Wilhelm Eduard Wilda, che tiene le proprie pubblicazioni per 20 volumi, dal 1839 al 1861. Nell'articolo che la inaugura (A.L. REYSCHER, *Über den Zweck dieser Zeitschrift*, in « Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft », I (1839), pp. 1-10), il direttore afferma la necessità di rifondare la scienza giuridica secondo un nuovo senso patriottico, in aperta polemica contro la predominanza di uno studio del diritto romano che non fa altro che svalutare i caratteri autenticamente nazionali del diritto. Le posizioni assunte da Reyscher in tale scritto vengono attentamente considerate da M.G. LOSANO, *La teoria giuridica al bivio tra sistema e funzione*, saggio introduttivo a Id., *Carteggio Jhering-Gerber (1849-1872)*, Milano, Giuffrè, 1977, pp. XXIII-XXV. Sarà proprio dalle pagine della Rivista che Reyscher inviterà nel 1846 i colleghi al primo Congresso francofortese dei Germanisti, con una *Einladung an die Germanisten zu einer gelehrte Versammlung in Frankfurt a/M*, in « Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft », 10 (1846), pp. 181-184.

maggiormente degli influssi di un costituzionalismo ‘francesizzante’ di matrice più individualista) esso si presenta come una proposta del tutto antitetica rispetto al modello savignyano, ponendosi quindi apertamente in contrasto con l’insegnamento della Scuola (55). A questo tipo di liberalismo la compagine germanista interna alla Scuola Storica non accede. La distanza dal liberalismo più radicale non significa però, per i Germanisti, rinuncia ad una definita posizione politica. Si oppongono anch’essi alla tradizionale idea di Stato assoluto, partendo tuttavia dal rifiuto dei dogmi rivoluzionari, della divisione dei poteri e della giusnaturalistica pre-statalità dei diritti: sono infatti i connotati etnici, etici e culturali del popolo tedesco a determinarne, attraverso uno sviluppo storico ininterrotto ed organico, gli assetti sociali e politici. La ‘libertà germanica’ (56), elemento specifico della storia del popolo tedesco e

(55) Tale posizione è emblematicamente rappresentata dallo *Staatslexikon oder Encyklopädie der Staatswissenschaften*, 12 Bde., Hammerich, Altona, 1834-1843 (nelle successive edizioni arricchito ed intitolato *Das Staats-Lexikon. Encyklopädie der sämtlichen Staatswissenschaften für alle Stände*), diretto da Karl von Rotteck e Karl Theodor Welcher. M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. II, München, Verlag C.H. Beck, 1992, ricostruendo magistralmente la « dottrina generale dello Stato nel Vormärz », posiziona i due direttori entro due diverse ‘correnti’ del liberalismo: Rotteck tra i ‘liberali giusrazionalisti’, Welcher tra i liberali ‘storico-organici’ (cfr. p. 201 e ss. e 231 e ss. della trad. it. curata da C. Ricca e S. Pietropaoli: Id., *Storia del diritto pubblico in Germania*, vol. II, Milano, Giuffrè, 2014). La scarsità, la incapacità del liberalismo ‘radicale’ di proporre una valida alternativa al progetto storicistico di Savigny, Göschen, Eichhorn, Grimm è sottolineata da FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell’Ottocento tedesco*, cit., alle pp. 39-49: come ivi rileva, la indeterminatezza ed astrattezza dei concetti messi in campo dallo *Staatslexikon* non possono competere allo stesso livello con la concretezza operativa della proposta savignyana. Lo stesso richiamo all’idea romantica e fortunata di *Volk* e *Volksgeist* rimane, nelle voci dei liberali estremi, fumoso, astratto e privo di conseguenze rilevanti sul piano scientifico e su quello concretamente politico.

(56) Per la definizione di tale ideale, si ha in mente quanto espone BÖCKENFÖRDE, *La storiografia costituzionale*, cit., specialmente alla p. 122 e ss. Böckenförde ricostruisce attentamente il liberalismo dei Germanisti, avvertendo tuttavia come, considerato in tal modo, il ‘liberalismo’ diventi un concetto dai confini più sbiaditi rispetto a come l’ha spesso inteso, non riuscendo del resto a coglierne la cifra specifica, la storiografia tradizionale. A pena di insormontabili fraintendimenti, infatti, i Germanisti non possono essere liquidati come liberali nel senso rivoluzionario-illuminista (come abbiamo visto), così come non possono essere ricompresi *tout court* nel panorama del romanticismo: la difficoltà storiografica di comprendere a fondo le correnti di pensiero del *Vormärz* dipende dal voler operare una netta ed errata dicotomia fra romanticismo e liberalismo. L’Autore giunge quindi a distinguere un liberalismo illuministico (come potrebbe derivare dalle dottrine di Locke, Rousseau e Kant) ed un liberalismo organico, legato a

della sua stessa natura, lungi dall'essere assimilata ad un astratto 'principio' di ragione, è invece per loro dotata di una propria concretezza, di una propria aderenza ai rapporti dei tedeschi con la loro terra e la loro propria comunità.

Lo stesso Stato nazionale non può, com'è evidente, fondarsi su un episodico atto di volontà contrattuale, volto alla realizzazione di principi 'arbitrariamente' determinati; esso deve invece rappresentare una altissima trasposizione politica del *Volk*, dando forma e struttura ai caratteri peculiari del popolo germanico. Uno Stato così concepito non contrasta ed anzi si concilia naturalmente con la *deutsche Freiheit*, storicamente determinata ad esprimersi nel principio monarchico. La formula politica cui tendono i Germanisti è dunque uno Stato organico, risultante dalla felice (poiché rispondente al profondo spirito nazionale) combinazione di popolo e monarchia; uno Stato costituzionale che, incontrando finalmente i tratti caratterizzanti la nazione tedesca, escluda certo l'arbitrio assolutistico del Principe, limitandolo costituzionalmente e garantendo così i diritti di libertà, ma anche non si sbilanci dall'altro lato, cedendo alle esagerazioni rivoluzionarie della sovranità popolare (57). Uno Stato, insomma, che sovrasti tanto la società quanto il monarca, e regoli organicamente la vita della nazione in perfetta corrispondenza al *Volksgeist*. La vicenda dei *Göttinger Sieben*, nel 1837, manifesta mirabilmente l'ideale etico di cui i Germanisti si sentono portatori. La protesta di quei professori non è rivolta contro le posizioni *politiche* reazionarie del re di Hannover, bensì contro la arbitrarietà di un atto che turba lo sviluppo spirituale e giuridico della comunità, contro la infrazione dei sacri doveri di lealtà che legano popolo e sovrano; la Costituzione è da essi difesa non in quanto portatrice di valori e contenuti liberali, bensì in quanto risultato della storia e della tradizione nazionale (58). I Germanisti non si

Möser ed al liberalismo inglese del Settecento (cfr. ivi, p. 129 e ss., in cui vengono anche offerti esempi circostanziati delle concezioni politiche di Albrecht e Grimm).

(57) In tal senso Böckenförde si esprime ivi, p. 131. Così anche FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica*, cit., p. 51, che considera la proposta politica dei Germanisti una « terza via », specificamente tedesca, distinta sia da quella della Rivoluzione (cioè della volontà generale) che da quella dell'assolutismo.

(58) Si legga in tal senso ivi, p. 53 e ss. MARINI, *Jakob Grimm*, cit., a proposito del solo Grimm (ma con considerazioni che possono essere in parte estese anche agli altri protagonisti della vicenda), nota come l'episodio della revoca costituzionale « lo colpì come un evento innaturale, contrario alla sua idea di ciò che è lealtà, onestà, osservanza dei patti, rispetto dei diritti del popolo » (p. 115), precisando più avanti « Si vede così che la costituzione di uno stato è quella che deriva dalla tradizione, si confonde con essa; è la via stessa dello spirito, che non conosce arbitri, perché si svolge secondo la linea di un perfezionamento lento e concorde, ove tutti cooperano e si sentono legati da una

riuniranno mai in un vero e proprio partito; si doteranno però di una certa coordinazione, nella consapevolezza (pur nelle differenze disciplinari) di una propria comune identità: ne sono testimonianza la loro rivista, i due loro Congressi del 1846 e '47, e la loro massiccia presenza l'anno successivo alla *Paulskirche* ⁽⁵⁹⁾.

Entro questa compagine ispirata fortemente — come Foi ricostruisce attentamente — dagli spunti grimmiani, accanto a figure che per le loro convinzioni e spesso per la loro stessa vicinanza personale a Savigny si tengono ben all'interno della 'linea ufficiale' della Scuola Storica (come lo stesso Grimm o come Eichhorn che, sulle prime pagine della *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, aveva già indicato un programma di ricerca germanistica fedele all'ortodossia della Scuola ⁽⁶⁰⁾), ve ne sono altre che si atteggiavano in maniera scopertamente

comune eredità » (ivi, p. 126). Nel suo complesso, tutto il Capitolo Sesto dell'opera di Marini (pp. 111-140) risulta assai utile ai fini dell'inquadramento di Grimm nel clima culturale del germanismo liberale e romantico. Di certo interesse risulta anche il saggio di G. DILCHER, *Der Protest der Göttinger Sieben. Zur Rolle von Recht und Ethik, Politik und Geschichte in Hannoverschen Verfassungskonflikt*, Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Hannover, Heft 18, 1988, ora in Id., *Die Germanisten und die Historische Rechtsschule*, cit., pp. 189-214.

⁽⁵⁹⁾ I Congressi, presieduti da Jacob Grimm, si svolsero al Römer di Francoforte e al Municipio di Lubecca, luoghi scelti per il loro potere evocativo dei fasti della nazione tedesca. Gli atti dei due incontri si leggono raccolti in *Verhandlungen der Germanisten zu Frankfurt am Main am 24., 25. und 26. September 1846*, Frankfurt am Main, Sauerländer, 1847, ed in *Verhandlungen der Germanisten zu Lübeck am 27., 28. und 30. September 1847*, Lübeck, Bodemann, 1848. Una terza assemblea avrebbe dovuto tenersi l'anno successivo a Norimberga, ma fu sostituita dalla numerosa partecipazione al Parlamento della *Paulskirche*, considerato infatti naturale prosecuzione dei due precedenti incontri.

⁽⁶⁰⁾ Ci si riferisce a K.F. EICHHORN, *Über das geschichtliches Studium des deutschen Rechts*, in « *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* », I (1815), pp. 124-146. Sulla riflessione politica e sul posizionamento di questo influente animatore (lui voce sistematica, accanto a Grimm voce spirituale) dell'ala germanista della Scuola, occorre considerare quanto sostiene BÖCKENFÖRDE, *La storiografia costituzionale*, cit., pp. 85-110. Secondo Böckenförde (che argomenta a partire dalla teoria dei ceti e del rapporto società-Stato contenuta in K.F. EICHHORN, *Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte*, 4 Bde., Göttingen, Vandenhoeck und Ruprecht, 1808-1823), Eichhorn non va collocato fra i Germanisti liberal-costituzionalisti come Grimm, Waitz, Beseler: può esserne considerato precursore o suggeritore, « ma le sue radici affondano ancora nel mondo pre-costituzionale e pre-liberale del tardo XVIII secolo » (ivi, p. 86). Il riferimento è, in particolare, ai suoi radicamenti culturali nello storicismo gottinghese (ed alla mancanza in lui di qualsiasi influsso romantico), ed è proprio la sua 'fedeltà' di fondo al divenire storico a differenziarlo dai Germanisti, generazione successiva di studiosi la cui

polemica nei confronti di alcuni tratti del modello savignyano, pur non spingendosi a contestarne i dogmi di fondo. È il caso di Georg von Beseler, una delle figure che con più inquietudine si muovono nell'ambito d'influenza della Scuola Storica. È del '43 il suo volume dal titolo eloquente: *Volksrecht und Juristenrecht* ⁽⁶¹⁾. La critica che egli rivolge contro la predominanza scientifica dello studio del diritto romano assume qui toni francamente politici, investendo decisamente la *Rechtswissenschaft* savignyana colpevole di separarsi 'aristocraticamente' dalla vita del popolo e di ostacolare, con atteggiamenti conservatori e legittimisti nei confronti del frazionamento politico, il principio di unità nazionale e la rinascita giuridica della Germania su basi finalmente autonome.

La recezione del diritto romano è stata un episodio passeggero per la Germania, una frattura storicamente imputabile ad una ristretta cerchia di dottori che, operando nei tribunali e nel *Reichskammergericht*, ha introdotto capillarmente lo *ius* nella prassi giudiziaria, imponendolo infine come artificioso collante fra i diritti locali e mortificando il ruolo del diritto popolare germanico ⁽⁶²⁾. I Romanisti di oggi, che si vogliono fedeli esecutori del modello scientifico savignyano, rischiano con la loro separatezza di replicare una dinamica che vedrebbe la vita giuridica della nazione imbrigliata da un isolato ceto di giuristi-scienziati. Il *Juristenrecht*, romanisticamente orientato, è così sempre sull'orlo della contrapposizione al *Volksrecht*, rischiando costantemente di appiattirsi su tradizioni storicamente distorte e non corrispondenti ad esso: « Il diritto dei giuristi non è necessariamente una continuazione del diritto popolare, esso può anche essere mero diritto consuetudinario

'storicità' si risolve invece nella « estrazione di un astratto ideale da una determinata situazione storica » (ivi, p. 87). Va notato come lo stesso Grimm già nel '15, inviando a Savigny *Von der Poesie im Recht*, esprimesse alcune riserve sulla *Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte* di Eichhorn, riconoscendola come ancora fortemente improntata al pragmatismo di Göttingen e lontana dalla nuova dimensione spirituale inaugurata dal *Beruf*: cfr. per questo MARINI, *Diritto romano e diritto germanico*, cit., p. 37 e s., che legge da *Briefe*, Schoof, Schnack (hrsg.), cit., p. 176.

⁽⁶¹⁾ G.C. VON BESELER, *Volksrecht und Juristenrecht*, Leipzig, Weidmann, 1843. Sulla figura personale di Beseler e sul suo coinvolgimento nella disputa scientifica, si vedano le ottime pagine di F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, Bd. 2, Göttingen, Vandenhoeck und Ruprecht, 1967, nella traduzione italiana di S.A. Fusco: ID., *Storia del diritto privato moderno*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1980, pp. 89-98.

⁽⁶²⁾ Cfr. ivi, p. 36 e ss. In una tale concezione della storia, come processo accidentato e passibile di rotture e divisioni, può essere ben auspicabile l'intervento della legislazione, nei casi in cui la scienza non sappia più riconoscere lo spirito popolare che pur continua silenziosamente ad operare: cfr. ivi, p. 67.

[*Gewohnheitsrecht*] », che si pone « spesso in contrasto con lo spirito del popolo e con la ragione delle cose » (63). L'intento ampiamente politico che sorregge questa critica della *scientia iuris* è chiaro: lo stesso Beseler lo indica senza mezzi termini a chiusura del volume, invitando i giuristi ad « uscire dal loro isolamento » per aprirsi alla « prassi della vita quotidiana » e ad operare unitamente ad un « profondo movimento nazionale, che conduce ad una forma più naturale e popolare del nostro diritto », contro cui i rappresentanti di una scienza statica ed ormai scollegata dalla vita non hanno speranza di successo (64).

Un altro titolo eloquente avrebbe però circolato di lì a poco: si tratta di *Das wissenschaftliche Princip des gemeinen deutsches Privatrechts*, pubblicato da un ventitreenne Carl Friedrich Gerber (65).

(63) Ivi, rispettivamente pp. 79 e 77. Il termine *Gewohnheitsrecht* è evidentemente richiamato in senso diverso da come già adoperato da G.F. PUCHTA, *Das Gewohnheitsrecht*, 2 Bde., Erlangen, Palm, 1828-1837. Anche Puchta opta (come già cinque anni prima, nel saggio *Über die Perioden der Rechtsgeschichte*) per una tripartizione dei periodi, connotandola tuttavia, hegelianamente, secondo uno schema dialettico di tesi-antitesi-sintesi. Ad un periodo di spontaneità ed immediatezza, nella ricostruzione puchtiana ne segue uno di molteplicità ed estraneazione, e solo un successivo sopravvento della scientificità può fungere da recupero e composizione di una dimensione per sua natura unitaria; la conseguente dottrina delle fonti, tutte originate dalla sorgente intima e primaria del *Volksgeist* (ed è questo un termine che proprio l'opera di Puchta diffonde) vede anzitutto protagonista la consuetudine (esprimente il *Gewohnheitsrecht*), poi la legislazione (*Gesetzesrecht*) prodotta dai rappresentanti del popolo, ed infine il diritto come oggetto scientificamente elaborato dai giuristi (*Juristenrecht*). Puchta, tra l'altro, recensirà in maniera molto critica lo scritto di Beseler sugli « *Jahrbücher für wissenschaftliche Kritik* », 1 (1844), pp. 1-30, difendendo l'opera del giurista-scienziato secondo gli insegnamenti ormai classici di Savigny.

(64) Per le tre citazioni: ivi, rispettivamente pp. 363 e 364. Come osserva FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica*, cit., pp. 99-115, l'opera di Beseler « non solo raccoglie le insoddisfazioni dei Germanisti della Scuola Storica della fine degli anni '30, e dell'inizio degli anni '40, ma anticipa anche critiche di qualità diversa, che riguardano la credibilità della scienza giuridica e dei suoi strumenti di indagine » (ivi, p. 113). Su *Volksrecht und Juristenrecht* ha speso parole efficaci anche LOSANO, *La teoria giuridica al bivio tra sistema e funzione*, cit., p. XXI e s.: esso è « il libro sbagliato al momento giusto. Sbagliato sul piano scientifico: poiché molte delle costruzioni giuridiche di Beseler sono insostenibili, egli si attira le critiche non soltanto di Savigny e di Puchta, necessariamente avversi alle sue idee scientifiche e politiche, ma anche di colleghi e amici [...]. Questo libro sbagliato vede però la luce al momento giusto: ha cristallizzato in forma giuridica una serie di esigenze politiche che erano nell'aria, ma che la censura impediva di esprimere direttamente ».

(65) C.F. GERBER, *Das wissenschaftliche Princip des gemeinen deutsches Privatrechts. Eine germanistische Abhandlung*, Jena, Cröker, 1846.

Discepolo del germanista liberale Albrecht ma anche del romanista sistematico Puchta, egli propone una ricostruzione storica volta a negare l'esistenza di fratture attuali fra *Volksrecht* e *Juristenrecht*, rispondendo così alle accuse, mal strutturate, che Beseler muoveva alla parte romanista della Scuola: secondo la visione di Gerber, il diritto romano è stato ormai, tramite la legislazione imperiale e la penetrazione nei *Landrechte* locali, inserito stabilmente nel tessuto giuridico nazionale, facendo venir meno qualsiasi netto dualismo o contrapposizione fra diritto romano e germanico.

Fin qui, nulla di veramente nuovo rispetto a quanto sempre sostenuto dai Romanisti. Ma nelle pagine successive Gerber si dedica ad un articolato esame del processo storico che ha condotto alla penetrazione fra le due tradizioni giuridiche. Egli trova insufficiente considerare il diritto germanico come un'esperienza incisa, frantumata ed ormai assorbita dalla capillarità onnipervasiva diritto romano (e tutt'al più emergente per profili marginali, come sostengono i Romanisti, volendo per ciò stesso la loro scienza interprete perfetta del diritto popolare): è necessario invece esaminare le specificità dei diversi *Länder*, poiché la penetrazione del diritto romano accanto alle tradizioni giuridiche locali non è affatto avvenuta identicamente in tutti i territori. Solo tramite l'indagine storica, accuratamente condotta sulle ragioni ed i principi che animano il diritto popolare, si possono scoprire i motivi di comune convincimento del popolo e i fondamenti dei singoli istituti, ponendo basi solide e non artificiose per l'unificazione giuridica della nazione. E solo la scienza giuridica è in grado di compiere questa indispensabile ricerca storica, per poi astrarre e ricostruire *dogmaticamente* ciò che ha scoperto.

La proposta gerberiana vuol insomma superare le rigidità tanto romanistiche quanto germanistiche: al Germanismo egli certo riconosce di aver indicato nuove vie di *ricerca* sulla storia del diritto popolare tedesco; a tale ricerca, però, esso non ha saputo far seguire una concreta opera di *elaborazione* dogmatica e sistematica adatta ai tempi presenti, che è così rimasta appannaggio esclusivo dei Romanisti, con gli inconvenienti che abbiamo visto denunciare da più voci⁽⁶⁶⁾. L'opera che Gerber ritiene ora possibile e necessaria è dunque la fondazione di una dogmatica del diritto privato tedesco: l'elaborazione scientifica deve raccogliere il materiale giuridico autoctono e configurarlo sistematicamente, in un insieme unitario in cui ogni singola parte sia connessa

(66) A un'analisi della scienza dei Germanisti Gerber dedica ampia parte del Primo Capitolo; in particolare, il §5 (ivi, p. 87 e ss.) è riservato a considerazioni sull'impostazione di Eichhorn. Secondo Gerber, le loro ricerche sono state rivolte alla scoperta, nel passato della nazione, di principi che potessero applicarsi alla loro concreta azione politica.

organicamente all'altra. È questo il compito della scienza, il *wissenschaftliche Princip* che può consentire il superamento dei *Particularrechte*, traghettando finalmente il popolo tedesco verso l'unificazione giuridica ⁽⁶⁷⁾.

Ponendo la proposta gerberiana in dialogo con Savigny ed il suo modello, assistiamo dunque ad una declinazione parzialmente nuova del ruolo del giurista-scienziato nella società: egli è il solo in grado di immergersi al di sotto della confusa contingenza degli eventi politici, per riportare in superficie, con uno strumento storico e giuridico, i principî fondanti della convivenza sociale. A differenza di Reyscher, Rotteck, Beseler, Kirchmann (che si ponevano decisamente ma anche temerariamente in contrasto con la posizione scientifica dominante, senza offrire alternative ben strutturate), Gerber riesce ad inserirsi, secondo posizioni originali, in un solco già tracciato da Puchta e Savigny verso il perfezionamento sistematico della scienza giuridica, grande protagonista del secolo. Un salto di qualità che, imminenti, i tempi nuovi reclameranno con urgenza.

5. Sulla soglia del 'paradigma'.

Il fallimento delle aspirazioni liberali in seno alla *Paulskirche* determinerà un ridimensionamento, un riassorbimento della progettualità politica dei Germanisti come schieramento autonomo. Del resto, la effettiva debolezza del loro atteggiamento rispetto ad un *Volk* nazionale che supponevano esistente e già spiritualmente unito era già stata (ben prima del '48) messa in crisi nella tormentata riflessione di Heinrich Heine, che lungo gli anni Venti e Trenta constatava l'inconsistenza di quel popolo disperso e sminuzzato proprio a causa della divisione in ceti tanto magnificata da Grimm come tratto autentico della società tedesca. L'artificiosità di quei richiami ad un passato idealizzato, la pretesa da parte di una *élite* intellettuale di interpretare la coscienza del popolo nella sua profonda dimensione collettiva e di riallacciarsi alla voce corale della nazione: potremmo forse accostare tutto ciò alla

⁽⁶⁷⁾ In tal modo « La storia diventa il fondamento più solido della dogmatica » come scrive FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica*, cit., p. 121, che fornisce (p. 115 e ss.) un interessante commento dell'opera giovanile di Gerber e delle sue critiche alle due maggiori correnti della Scuola Storica. Un'acuta disamina della teorizzazione gerberiana circa il compito dogmatico della scienza germanistica è condotta da M.G. LOSANO, *Sistema e struttura nel diritto*, vol. I, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 306-329. Losano mette bene in evidenza come nel *Wissenschaftliche Princip* la propensione di Gerber sia chiaramente orientata verso l'astrazione, verso quindi un sistema costruttivistico (sulla scorta dell'impostazione di Puchta), l'unico veramente scientifico, adatto (e necessario) a trattare la frammentarietà del diritto germanico (cfr. *ivi*, p. 311 e ss.).

portata degli stilemi poetici attorno a cui, ad inizio secolo, si erano affaticati Arnim e Brentano, i fratelli Grimm ed i romantici di seconda generazione, nella loro insofferenza per i solipsismi del poeta moderno; in realtà « il loro *Volkston* è un *Kunstton* che si vuole ingenuo », potremmo allora affermare, mutuando espressioni spese altrove da Foi (68). Certamente, però (e la ricostruzione dell'Autrice lo dimostra in maniera assai convincente), senza l'impulso offerto dal Grimm che leggeva Savigny una tensione scientifica e ideale così configurata non sarebbe stata possibile. La sua debolezza, in tale ottica, è consistita proprio nel restare impigliata nelle stesse contraddizioni che quello spunto iniziale nascondeva, e nel replicarle puntualmente per un trentennio, trascinandole con sé verso una mancata 'rivoluzione' dell'ordine costituzionale.

Ad ogni modo, la 'giuridicità segreta del *Vormärz*', « la capacità cioè della *scientia iuris* di orientare e fecondare diversi campi di indagine, riunendoli all'insegna della ricerca della patria tedesca » (p. 110) può esser ben rappresentata dall'avventura dei Germanisti e dalla filigrana liberalnazionale delle loro ricerche, tuttavia la portata delle teorizzazioni che l'hanno causata, occorre annotare, non si esaurisce certo in essa. Lo sguardo che abbiamo — fin troppo schematicamente — riservato alle vicende di Grimm e della compagine germanista può valere da minuscolo esempio di come il progetto savignyano abbia sì ispirato quei multiformi percorsi di ricerca, ma anche abbia tratto da essi il vitale dinamismo che gli ha permesso di non rimanere uguale a sé stesso, di non restare anch'esso impigliato nelle proprie incoerenze di fondo. La dinamica di 'modellizzazione' del pensiero di Savigny da parte di seguaci ed oppositori suoi contemporanei ricorda proprio quel « processo di appropriazione e fraintendimento » (69) sviluppatosi fra l'allievo Grimm e il maestro Savigny negli anni Dieci; il modello savignyano, attraversando i contrasti del *Vormärz*, si mostra effettivamente aperto e permeabile agli influssi (interni ed esterni alla Scuola Storica), e riesce ad ulteriormente modellarsi e perfezionarsi fino a raggiungere esiti raffinatissimi nell'impalcatura teorica che sorregge il *System des heutigen römischen Rechts* (70). Volendo, un po' artificiosa-

(68) Cfr. M.C. FOI, *Il Volkston nella poesia romantica: appunti su un equivoco produttivo*, in « Prospero. Rivista di letterature straniere, comparatistica e studi culturali », III (1996), p. 113.

(69) FOI, *La questione tedesca del primo Ottocento*, cit., p. 56.

(70) Ci si riferisce, in particolare, al Volume I di F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, 8 Bde., Berlin, Veit, 1840-1851. Certo non sfugge come un'indagine organica sulla formazione, sulla struttura interna, sul peso 'paradigmatico' e sulle implicazioni a livello di pensiero giuridico dell'impalcatura teorica del *System* necessiterebbe di un enorme ampliamento di prospettiva, ricomprendendovi quanto-

mente, suddividere in segmenti questo processo, si potrebbe affermare che ad uno stadio di ‘fondazione’ del modello (rispondente ai periodi pre-programmatico e programmatico della produzione di Savigny) segue una lunga fase di sua ‘definizione’ attraverso le riflessioni che intorno ad esso si sviluppano e che con essa interagiscono, destinata a culminare in un momento di ‘sistemazione’, in cui i risultati di quel processo troveranno la propria collocazione entro un definitivo apparato concettuale.

Sullo sfondo dei fugaci ‘primi piani’ che queste pagine hanno inteso offrire, abbiamo infatti visto comparire di continuo alcuni motivi ricorrenti. Popolo, Scienza, Stato, Legge, storicità e sistematicità del fenomeno giuridico: sono i fili concettuali cui si accennava all’inizio, riflessioni che occupano in maniera talvolta difficilmente distinguibile il retroscena teorico di quegli anni, ma che — possiamo dire col senno di poi che si può largamente esercitare a due secoli di distanza — si dirigono verso un nodo davvero ‘ben fatto’, destinato a tenerli avvinti a lungo. Tutti questi elementi, a noi pare, verranno finalmente ricompresi entro una teoria complessa ed articolata, ma anche mirabilmente unitaria, dal Sistema savignyano, che potrà così essere considerato la conclusione di un’esperienza, una sorta di ‘distillato’ dei contrasti, delle tensioni e degli slanci che caratterizzano il primo Ottocento tedesco: esso potrà essere consegnato quale solida base alle edificazioni teoriche successive, divenendo nei decenni seguenti vero e proprio paradigma di approccio autenticamente scientifico al diritto.

Anche noi intendiamo ora arrestarci sulla soglia di questo risultato, rimandando ad altra sede considerazioni che qui non è dato nemmeno abbozzare. Ci si limita a gettare una rapida occhiata al di là del ’48, quando il sempre meno ignorabile emergere delle tensioni sociali porrà il grande modello elaborato nel *Vormärz* su un arduo banco di prova, lanciando sfide inedite alla *Rechtswissenschaft* nella sua funzione ordinante. Esso, il paradigma savignyano, si lascerà allora adattare alle nuove frontiere della scienza giuridica, mostrando di quanta e quale elasticità fosse dotato: proprio Gerber, lungo il suo travagliato percorso di ricerca, potrà, sul fondamento teorico di quella sistemazione, concepire e cominciare a costruire un discorso scientifico-giuridico del tutto nuovo sullo Stato. Il fondatore della Scuola Storica aveva in effetti già sostanzialmente risposto alla ‘vocazione del tempo’ indicata da Gerber nel *wissenschaftliche Princip*, con teorizzazioni di cui

meno — per nominare solo uno dei molti aspetti — tutta la problematica dei rapporti della Scuola Storica con lo hegelismo ed i suoi riverberi sulla conformazione del modello savignyano. Anche qui, non possiamo fare a meno di rinviare l’approfondimento ad un lavoro già in costruzione.

allora, prima del '48, né Savigny stesso né i suoi molteplici interlocutori potevano sospettare la portata.

Concludendo, possiamo affermare che davvero una giuridicità segreta percorre sotterranea tutto il corso del *Vormärz*, ma nel *Nachmärz* essa uscirà allo scoperto, si renderà manifesta, ed al contempo si specializzerà e formalizzerà definitivamente, cessando di permeare tanto in profondità l'intera cultura germanica. Allo stesso modo, se è vero secondo Foi che la duttilità del progetto inaugurato da Savigny risiede nella sua « capacità di trasfondersi in un orizzonte più vasto di quello immediatamente giuridico » (p. 64), nel *Nachmärz* quella duttilità consisterà invece nella capacità trasfondersi *nell'*orizzonte immediatamente giuridico, fattosi però più vasto.

RICARDO MARCELO FONSECA

A DELICADA COSTURA DE UM LEGADO ANALÍTICO
DO ANTIGO REGIME À
ERA DO CONSTITUCIONALISMO

(Sobre alguns escritos recentes de António Manuel Hespanha) (*)

1. António Manuel Hespanha tem produzido obra densa, original e criativa há quase cinquenta anos. Desnecessário relembrar sua centralidade e importância para os teóricos do direito, historiadores e historiadores do direito, de língua portuguesa ou não, bem como sua influência no debate contemporâneo ⁽¹⁾.

Se pudéssemos — como caberia a um historiador que se preze fazer — separar e classificar temporalmente a obra de Hespanha, talvez fosse possível dizer que há três etapas ou três lados mais visíveis da pirâmide que compõe a sua trajetória. Uma primeira época em que, a grosso modo, seu foco de preocupações teóricas se concentrava em desvendar o papel dos discursos jurídicos, dos juristas e das instituições na época do antigo regime: aqui, caminhando ao lado de uma vertente historiográfica cujo prestígio crescia na Europa (em que é

(*) António Manuel HESPANHA, *A ordem do mundo e o saber dos juristas: imaginários do antigo direito europeu*, Amazon Kindle Books, 2015; ID., *Sacerdotes do direito: direito, juristas e poder social no liberalismo oitocentista*, Amazon Kindle Books, 2015; ID., *O direito imaginado para um Estado imaginário: mitos doutrinários e realidades institucionais do modelo constitucional do liberalismo monárquico português*, Amazon Kindle Books, 2015.

⁽¹⁾ Uma análise minuciosa sobre o percurso de Hespanha foi feita por Bartolomé Clavero em «Gracia y derecho entre localización, recepción y globalización (lectura coral de las vísperas constitucionales de António Hespanha)», no volume 41 dos «Quaderni Fiorentini», 2012, disponível em <http://www.centropgm.unifi.it/cache/quaderni/41/0677.pdf>. Vide também Airton SEELAENDER, Ricardo Marcelo FONSECA, *Exemplos, repercussões, mudanças: uma visão brasileira sobre o contributo de Hespanha à história e o direito*, «in» *António Manuel Hespanha: entre a história e o direito*, Cristina Nogueira da Silva, Angela Barreto Xavier e Pedro Cardim (orgs.), Coimbra, Almedina, 2015, pp. 143-153.

possível citar Paolo Grossi e os historiadores do direito florentinos, Bartolomé Clavero, etc.), e na contra-mão de uma tradição que então era muito forte sobretudo na Espanha e em Portugal, Hespanha defendeu o caráter plural, local e descentralizado do poder nesse período, valorizando as várias formas de normação social sem perder, entretanto, a medida da importância do discurso dos juristas nesse contexto. Da profusa obra desse período, a mais icônica talvez seja a sua impactante tese de doutorado, *As vésperas do Leviathan* (2). Uma segunda época, que coincide temporalmente com o período em que Hespanha retorna com força à vida acadêmica após o período em que esteve à frente da Comissão Nacional para as Comemorações dos Descobrimientos Portugueses, na virada do século XX para o XXI, é aquela em que o autor português desloca suas atenções para o século XIX e se concentra nos temas do constitucionalismo moderno (português mas não só), com preciosas observações (entre tantos outros 'insights') sobre as continuidades e permanências do *Ancien Régime* no momento burguês. Livro representativo do período é o seu *Guiando a mão invisível* (3). E finalmente uma terceira época em que Hespanha se debruça sobre a Teoria do Direito e coloca os pés no tempo presente e enfrenta problemas contemporâneos (mas sem abandonar jamais as suas lentes de historiador), quando vem à luz o seu livro *O caleidoscópio do direito* (4). Claro que essa periodização um tanto esquemática e não linear deve também levar em conta o fato de que Hespanha jamais deixou de se preocupar até hoje com os temas do Antigo Regime (5) ou que toda a sua trajetória sempre foi atravessado

(2) António Manuel HESPANHA, *As vésperas do Leviathan: instituições e poder político. Portugal — séc. XVII*, Coimbra, Almedina, 1994.

(3) António Manuel HESPANHA, *Guiando a mão invisível: direitos, Estado e lei no liberalismo monárquico português*, Coimbra, Almedina, 2004, obra cujos temas foram retomados e atualizados em Id., *Hércules confundido: sentidos improváveis e incertos do constitucionalismo oitocentista: o caso português*, Curitiba, Juruá, 2009.

(4) António Manuel HESPANHA, *O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*, Coimbra, Almedina, 2007, depois ainda complementado pelo seu *Pluralismo jurídico e direito democrático: perspectivas do direito no século XXI*, publicado inicialmente pela editora brasileira Annablume e depois, de modo atualizado, pela Amazon Books.

(5) Como demonstram as seguintes publicações: António Manuel HESPANHA, *Imbecillitas: as bem-aventuranças da inferioridade nas sociedades do Antigo regime*, São Paulo, Annablume, 2010; Id., *A política perdida: ordem e governo antes da modernidade*, Curitiba, Juruá, 2010 e Id., *Caleidoscópio do antigo regime*, São Paulo, Alameda, 2012.

também por textos e análises metodológicas ⁽⁶⁾ além dele sempre ter tido a escolha pela produção de densos manuais ⁽⁷⁾.

2. Hespanha sempre teve um gosto por retomar seus temas, reescrevê-los, atualizá-los, reelaborá-los. Nunca teve receio de dizer abertamente que um velho texto seu poderia ser melhor lapidado e enquadrado. Esse certamente é o apanágio de um autor que nunca deixou de refletir sobre os problemas que sempre o moveram, e que o faz permanentemente andar para frente e cavar mais fundo. Como acontece com as boas cachaças brasileiras (e com os bons vinhos), a passagem do tempo só melhora o produto teórico saído do alambique intelectual de António Hespanha. E é por essa razão que deve ser digno de nota que num só ano, em 2017, foram publicados três notáveis livros deste autor que são ao mesmo tempo retomada e sistematização de temas que lhes são caros e também a oportunidade de trazer textos inéditos e reflexões mais recentes sobre um arsenal que não pode e não deve passar despercebido pela historiografia jurídica mais atualizada. Como já havia ocorrido em 2015 na publicação do seu monumental *Como os juristas viam o mundo. 1550-1750: Direitos, estados, coisas, contratos, ações e crimes* (uma espécie de Vademécum do « ius commune » português), todos esses novos livros, por uma opção recente tomada pelo autor, foram publicados pela Amazon Books, com sua facilidade para a aquisição pela via digital (mas também com a opção física em papel), certamente na esperança de uma circulação mais ágil e efetiva.

3. *A ordem do mundo e o saber dos juristas: imaginários do antigo regime europeu* (reunião de dez textos em 498 páginas) agrega estudos desse que é talvez o tema mais caro ao autor — o direito da pré-modernidade. Reúne e sistematiza desde textos escritos em 1984 (como o precioso e já clássico *Savants et rustiques*, sob o título remodelado de *As fronteiras do poder. O mundo dos rústicos* além do texto *El espacio político*, deste mesmo ano), até textos inéditos. Parece haver a intenção do autor, num certo sentido, em fazer uma prestação de contas dessa sua longa viagem pelo mundo do Antigo Regime com a explicitação das

⁽⁶⁾ A sua dissertação de mestrado, no fim dos anos 1960, já tinha uma preocupação estritamente centrada no problema do discurso jurídico a partir de Michel Foucault (sobretudo inspirado no livro então recém lançado do francês, « A arqueologia do saber »). Lembre-se ainda de seu livro *A história do direito na história social* (Lisboa, Livros horizonte, 1978) e de suas intervenções metodológicas que ocorrem até hoje.

⁽⁷⁾ Desde o seu António Manuel HESPANHA, *História das instituições: época medieval e moderna*, Coimbra, Almedina, 1981 até o mais atualizado e influente Id., *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*, Coimbra, Almedina, 2012 — traduzido e publicado em vários países.

diferentes inspirações teóricas que o foram movendo ao longo do tempo em que os textos foram sendo produzidos. Como diz o próprio Hespanha, « A minha ideia original de uma *epistème* subjacente à dogmática jurídica pré-moderna foi variando na sua fundamentação teórica, explícita ou implícita: um tipo ideal, um universo mental impensado, uma teoria implícita da prática, um senso comum, uma estrutura discursiva. Nunca se fixou muito; mas não creio que esse estatuto teórico sempre provisório tenha prejudicado sua operacionalidade » (p. 14). Além disso, ele mapeia os diferentes interesses que o inspiraram nesse grande universo do Antigo Regime — como por exemplo o mundo dos crimes e das penas, o mundo do direito de família, os estatutos jurídicos que produziam inferioridades entre os indivíduos, a importância da esfera dos valores, das virtudes, do amor e da graça na normação social e até mesmo o papel das cores na instituição da ordem pré-moderna.

Mas ao mesmo tempo é buscado no fio de sua produção nesse tema a recostura de uma certa unidade: « a ideia era mostrar a coerência das soluções institucionais com esses modelos textuais/culturais » vigentes na época do antigo regime (p. 10). Fica explicitada a intenção de mostrar como « uma cultura profunda [...] gera modalidades específicas de saber e perfis próprios dos portadores de saberes. Trocando por miúdos. O facto de o saber jurídico ser tido como um aspeto do conhecimento da ordem global, partilhando o espaço gnosiológico comum com a religião e a moral, afetava os modos de o conhecer » (pp. 12 e 13).

O tema da complexidade do saber dos juristas desta época (que não pode ser compreendido com olhos do presente e deve levar em conta a imensa complexidade daquele mundo radicalmente diferente do nosso), bem como o seu papel central e peculiar naquele mundo (fato esse freqüentemente negligenciado pelos historiadores « gerais » que se debruçam sobre esse período) parece ser, como sempre foi, o mote geral por detrás da riqueza e da originalidade das análises de Hespanha. É por falar em originalidade, deve ser destacado nesse livro o seu texto inédito *O modelo moderno do jurista perfeito* (páginas 363 e seguintes), que reúne praticamente todo o melhor arsenal do Hespanha: com o conhecimento apurado das fontes, atenção à peculiar ordenação do mundo que é própria da ordem dos saberes do Antigo Regime e com o conhecimento do complexo universo do direito, é definido o que seria o « modelo perfeito » do jurista da época — tanto na sua compleição moral como até mesmo nos seus aspectos físicos. É extraída uma radiografia dos lados interno e externo do jurista, o seu ideal físico e espiritual no imaginário da época, nos modelos que, claro, revelam algo para o mundo do direito mas sobretudo — como sempre acontece nesses textos do autor sobre o período — também trazem algo surpreendente sobre o próprio mundo histórico em que os juristas viviam.

4. Em *Sacerdotes do direito. Direito, juristas e poder social no liberalismo oitocentista* (reunião de doze textos em 482 páginas), António Hespanha se transfere do Antigo Regime para o século XIX, sobretudo centrado no caso de Portugal. Os textos aqui também abrangem um arco temporal bastante amplo: desde escritos de 1978 (*A construção jurídica da propriedade liberal*) até textos ainda não publicados (como o *A estatística judicial pré-contemporânea: um programa pós-positivista para a história do direito*, apresentado em 2015 no VIII Congresso Brasileiro de História do Direito organizado pelo IBHD, em Curitiba). Mas a grande maioria dos textos remonta à última década. Aqui, como no livro anteriormente mencionado, a diversidade dos marcos teóricos fica explicitada: nota-se desde a inspiração neo-marxista (Althusser, Poulantzas, Gramsci, Balibar) que era marcante em sua obra nos anos 1970 (como se vê no capítulo XII) até a forte presença das intuições de Michel Foucault no que diz respeito do papel estruturante dos discursos (influência que, em certa medida, atravessa todos os períodos da obra do autor). A variedade dos temas nos quais os « sacerdotes do direito » estão enredados é também bastante rica: suas influências estão na tessitura dos códigos modernos (cap. II), no tema importante da tensão entre as estruturas pré-modernas e o papel renovado dos agentes jurídicos ligados à estatalidade na construção da nova ordem política (caps. IV, V, X e XII), na análise da construção da esfera penal moderna nas franjas da modernização iluminista e positivista (cap. IX) e, de modo peculiar, as peculiaridades da produção e do papel dos juízes no período (caps. III, VI, VII, parte do VIII e XI), que é tema que ocupa recorrentemente as preocupações de Hespanha inclusive nas suas análises sobre o direito contemporâneo (nos livros mencionados na nota de rodapé 4).

Mas no meio dessa diversidade acontecem aqui também algumas unidades que perpassam todo o livro. Primeiro, e a exemplo dos esforços teóricos do autor no que diz respeito às análises do período do Antigo Regime, aqui há uma ênfase geral muito clara, também no que se refere a esse período oitocentista, à « centralidade dos juristas e de sua maneira de tratar as questões sociais na esfera da discussão pública » (p. 7). De modo interligado, como não poderia ser diferente, é valorizado o saber produzido por eles, juristas, enquanto matéria fundamental do cimentar social moderno, já que « numa época anterior ao aparecimento das ciências sociais, eram estes os livros que modelavam a opinião comum quanto aos direitos e deveres de cada um, quanto aos poderes do governo e, em geral, quanto ao funcionamento da sociedade » (p. 7). Ou seja: fica assentada (como também ficava nas suas análises do período histórico anterior) a importância histórica central do pensamento dos juristas tanto como uma vertente riquíssima da historiografia jurídica como também, num âmbito historiográfico mais geral, para a compreensão do próprio mundo histórico moderno. Afinal, nas palavras de Hespanha, « Não que se ignore

a importância de outros níveis da prática jurídica — como o direito legislado e o trato das comunidades periféricas. Mas destaca-se a eficácia estruturante — direta ou mediada — do discurso dos juristas letrados sobre o conjunto da normação social (e não apenas estritamente jurídica) » (p. 7). Esse é o mote geral da obra: os juristas e seu discurso nas construções dogmáticas específicas, na construção da nova ordem política e social, na função (ressignificada) desempenhada pelos agentes judiciais nesse período moderno e a centralidade de tudo isso para a compreensão do próprio século XIX. Nesses sentidos aqui sublinhados, é inevitável observar o quanto a obra de Hespanha se aproxima, por exemplo, da reflexão de Paolo Grossi na sua recorrente lição sobre a centralidade do pensamento jurídico e, em particular, no protagonismo desempenhado pelos juristas no percurso histórico jurídico — como emblematicamente se percebe na caracterização destes protagonistas da « *scientia iuris* » como sendo a « nobreza do direito »⁽⁸⁾. Mas talvez a diferença entre as abordagens seja no tom mais crítico e em alguns momentos mesmo negativo que o autor português faz da atuação dos juristas, já que é enfatizado o papel por vezes frequente em que eles atuam como agentes da marginalização das justiças não letradas (e dos processos de exclusão que sua presença crescente veio a implicar) ou no papel de legitimadores dos poderes vigentes que eles vieram a exercer.

5. Finalmente, em *O direito imaginado para um Estado imaginário. Mitos doutrinários e realidades institucionais do modelo constitucional do liberalismo monárquico português* (doze textos em 402 páginas), Hespanha permanece no século XIX e se concentra num daqueles eixos que se tornou central na sua produção: a história constitucional. A publicação tem textos que vem desde 1993 (o capítulo X, texto em francês publicado em coletânea italiana) até alguns inéditos (como os dos capítulos I e XII). Mas a maioria dos textos é do século XXI e, como acontece também nos outros livros aqui citados, com algum grau de reelaboração e atualização nessa versão. E o livro efetivamente reúne textos de abrangência geral (e quase com vocação metodológica) ou de síntese e outros (a grande maioria) focando no caso do constitucionalismo português. De fato, nos dois primeiros capítulos, de modo mais explícito, Hespanha não nega sua queda por avaliações metodológicas — seja para avaliar o estatuto da história constitucional, seja para avaliar a sua operacionalidade na peculiar análise que dela fazem os juristas e os historiadores. Há ainda alguns textos importantes de síntese do constitucionalismo português (como o do capítulo IV e, em alguma medida, também o capítulo V). Há a retomada, sempre valiosa, dos

⁽⁸⁾ Paolo GROSSI, *Nobiltà del diritto: profili di giuristi*, Milano, Giuffrè, 2008 e ID., *Nobiltà del diritto: profili di giuristi — II*, Milano, Giuffrè, 2014.

temas relacionados à complexidade do « choque de mundos » do antigo regime e da modernidade, e no meio as questões (sempre fugidias à simplificações) da legalidade, dos direitos, do Estado (capítulos VI, VII, VIII e, a bem da verdade, um tanto em todos os demais capítulos). E há uma dedicação particular ao tema da formação do governo nesse momento liberal e de sua função administrativa e, por consequência, do papel histórico que começa a ser desempenhado pelo direito administrativo (sobretudo nos capítulos X e XI).

No plano dos seus marcos teóricos (sempre variados e profusos), mais uma vez é pago o tributo à base conceitual vinda de um marxismo renovado (o « marxismo ocidental ») e das reflexões foucaultianas, todas elas para enfatizar um dos seus pontos cardeais de suas análises — a existência de momentos não estritamente jurídicos na esfera da regulação social (p. 5). E nesse livro, tal como no anterior, Hespánha exercita uma de suas melhores marcas historiográficas — e que ele desempenha de modo muito bem combinado com a preocupação com a análise dos discursos, da doutrina, do pensamento jurídico, enfim: após um trabalho exaustivo de análise de fontes, ele maneja com dados massivos sintetizados em tabelas e gráficos (vide sobretudo os capítulos IV e IX) na busca de uma visão de conjunto, quase que numa homenagem àquele tipo de historiografia (que perde prestígio em certas paragens) de se buscar uma análise abrangente do direito e da sociedade.

6. No início desse texto se mencionou sobre as « etapas » da produção de António Hespánha ao longo de sua trajetória, quando os grandes temas de sua escritura (como o antigo regime, o constitucionalismo e a teoria do direito) foram aparecendo de modo mais ou menos sucessivo e sempre salpicadas, de qualquer modo, pelo gosto com a reflexão metodológica. Pois bem: talvez as quase 1.500 páginas dos seus três livros editados no ano de 2017, que selecionaram e retomaram textos de épocas diferentes (atualizando-os, sistematizando-os e colocando neles um esforço de unidade e coerência) permitam uma nova abordagem da sua obra como historiador e historiador do direito: aquela em que os fios conceituais e metodológicos que atravessaram sua produção adquiram maior transparência e também em que as temáticas fundamentais que orientam as suas análises (como a complexa figura histórica do ‘jurista’, a importância central dos discursos elaborados por eles, a radical especificidade histórica desses discursos nos diferentes momentos, os seus impactos nas instituições, a complexidade da « luta » pela hegemonia dos conceitos em momentos de transição) são costuradas com delicadeza pelos dedos habilidosos do próprio autor. Ou seja: num legado teórico de quase meio século que é tão variado, poliglota, volumoso e, por isso, inevitavelmente fragmentado em tantas revistas, intervenções, livros e conversas, como é aquele legado de António

Manuel Hespanha, esses três livros recentes passam a ser uma passagem obrigatória para quem acompanha, dialoga e aprende com uma das maiores referências da historiografia jurídica contemporânea.

MARCO RIZZUTI

ABUSO DEL DIRITTO, NON-USO ED ESTINZIONE
DELLA PROPRIETÀ

(A proposito di A. Quarta, *Non-proprietà. Teoria e prassi dell'accesso ai beni*, Napoli, ESI, 2016)

1. La proprietà e il soggetto non proprietario. — 2. Qualche considerazione sull'odierno assetto dei fenomeni estintivi del diritto di proprietà. — 3. Rilievi di sintesi.

1. *La proprietà e il soggetto non proprietario.*

La monografia che ci offre lo spunto per queste brevi riflessioni si propone, sin dal titolo, come una ricostruzione della materia proprietaria dall'originale angolo prospettico del soggetto non proprietario. Al centro dell'analisi non è, infatti, collocata la posizione del titolare del diritto, a seconda delle diverse configurazioni individuo o collettività, detentore di una signoria illimitata o di una funzione sociale, quanto piuttosto quella del soggetto che di tale diritto titolare non sia, ma che non per questo ricade necessariamente in una posizione di giuridica irrilevanza. Riguardato da questo punto di vista, il diritto di proprietà non appare più dunque come posizione irrelata, secondo la classica costruzione del diritto assoluto, ma come posizione in necessario dialogo con quella di un ulteriore soggetto, per l'appunto il non-proprietario.

Il primo capitolo, che è solo preliminare allo svolgimento della ricerca, concerne l'evoluzione del paradigma proprietario: da un diritto romano, molto meno monolitico di come sarebbe stato poi rappresentato, al Medioevo giuridico del dominio diviso; dall'affermazione giusnaturalista e poi codicistica del modello liberale del 'terribile diritto', che pure non avrebbe eliminato del tutto le 'reliquie' di un 'altro modo di possedere' ⁽¹⁾, a quella della contrapposta idea di una funzione sociale della proprietà, che subordini gli interessi del *dominus* al

⁽¹⁾ Si allude ai tre fondamentali riferimenti rappresentati da G. VENEZIAN, *Reliquie della proprietà collettiva in Italia*, Camerino, 1888; P. GROSSI, *Un altro modo di possedere. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postuni-*

perseguimento di fini posti, a seconda dei momenti storici, dall'ordinamento corporativo o da quello costituzionale; sino alla riaffermazione di un modello neoliberale, nell'epoca delle privatizzazioni e dell'energica tutela a livello EDU di quello sui beni come diritto fondamentale. A questa complessa vicenda il capitolo seguente ne contrappone un'altra, di analoga profondità, e relativa al paradigma della non-proprietà, ovvero al modo in cui il diritto ha tematizzato la posizione del soggetto non titolare di un diritto dominicale: in termini di rinuncia volontaria nel pensiero francescano; in termini oscillanti tra l'assistenza pubblica o privata e l'esclusione da altri diritti, o dalla stessa cittadinanza, nella modernità giuridica; in termini di situazione di fatto rilevante per l'ordinamento e suscettibile di innescare, secondo il classico paradigma dell'usucapione o altre sue più recenti varianti, meccanismi di redistribuzione della ricchezza.

Il nesso fra i due paradigmi viene quindi individuato nel problema dell'accesso, che non a caso dà il sottotitolo all'opera, e cioè per l'appunto nel diritto del non-proprietario sui beni non suoi, un diritto che può manifestarsi in certe innocue formule del III libro del Codice, come quella dell'art. 924 sul diritto di accedere al fondo altrui per inseguirvi lo sciame d'api, ma anche nelle ipotesi di crescente problematicità che l'elaborazione giurisprudenziale e le leggi speciali conoscono con riguardo alla caccia, al godimento dei beni culturali e ambientali, all'esercizio delle libertà costituzionali nei locali aziendali o nelle 'nuove piazze' dei centri commerciali, sino all'occupazione delle terre incolte o degli immobili sfitti. Il volume mira a ricondurre a sistema tale varietà di ipotesi, non già nella logica dell'eccezionalità rispetto ad un generale potere di escludere in cui si sostanzierebbe la proprietà, bensì nei termini dell'apposizione a tale potere di un limite di portata altrettanto generale, agganciato a valori sovraordinati, anche grazie ad una rilettura della clausola di accessibilità di cui all'art. 42 Cost. L'autrice perviene dunque alla prospettazione di uno *jus excludendi* sempre condizionato da quel criterio dell'interesse che l'art. 840 del Codice esplicita per il sottosuolo e per lo spazio sovrastante, nonché alla correlativa costruzione di una posizione giuridica dell'accedente che ne fa quasi un usufruttuario del bene, in una logica di complessivo ribilanciamento.

2. *Qualche considerazione sull'odierno assetto dei fenomeni estintivi del diritto di proprietà.*

A ben vedere, oltre a quella del non-proprietario, l'altra immagine

taria, Milano, 1977; S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Bologna, 1981.

che il volume prospetta è dunque quella di un *proprietario non* utilizzatore del bene, rispetto al quale l'esito della vicenda consiste in un affievolimento, se non in una perdita, della titolarità del diritto. L'ipotesi richiama quindi l'interrogativo sul se e quando tale atteggiamento di non esercizio possa rappresentare una forma di abuso del diritto, sanzionabile con una vicenda estintiva dello stesso. Un tentativo di risposta implica, a nostro avviso, la considerazione dell'odierna configurazione dei fenomeni di estinzione del diritto di proprietà, un profilo che presenta del resto significativi punti di contatto con la tematica della non-proprietà.

La questione appare invero di un certo interesse, in quanto le formule tratlative che si ripetono al riguardo sembrano manifestare uno scollamento rispetto all'effettiva realtà dell'ordinamento, il che ne sollecita un ripensamento a livello interpretativo. Com'è noto, una spiegazione, per così dire, istituzionale della materia si incentrerebbe su alcune rassicuranti assunzioni: da una parte, la proprietà di un bene mobile si dismette con un atto volontario ed amorfo di derelizione, in seguito al quale esso diviene *res nullius*, liberamente acquistabile da chiunque per occupazione; dall'altra parte, con riferimento al bene immobile un atto di esercizio del potere proprietario a contenuto negativo qualificabile come rinuncia abdicativa deve essere necessariamente formale e determina l'acquisto coattivo del bene in capo allo Stato, o ad altro ente pubblico, non potendo mai l'immobile risultare *res nullius* né acquistabile per occupazione (2). Ad ogni modo, la proprietà viene definita come imprescrittibile, per cui non potrà estinguersi mai per il mero non uso, che del resto non sarebbe comunque

(2) *Derelictio* e *res nullius* sono, com'è noto, categorie di remota origine romanistica (cfr., *ex multis*, P. BONFANTE, *La derelizione e l'apprensione di cose derelitte*, in *Id.*, *Scritti giuridici vari*, Torino, 1918, II, p. 342 e ss.; SILVIO ROMANO, *Studi sulla derelizione nel diritto romano*, Padova, 1933; G. FRANCIOSI, *Res nullius e occupatio*, Napoli, 1964; L. VACCA, *Derelictio e acquisto delle res pro derelicto habitae. Lettura delle fonti e tradizione sistematica*, Milano, 1984). Nel diritto vigente le norme di riferimento sono essenzialmente l'art. 923 c.c. con riguardo ai beni mobili e gli artt. 1350, n. 5, e 2643, n. 5, c.c. con riferimento agli immobili. Per un inquadramento civilistico dell'ipotesi si possono vedere, tra gli altri: G. DEIANA, *Abbandono (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1958, I, p. 5 e ss.; P. PERLINGIERI, *Appunti sulla rinuncia*, in « Riv. not. », 1968, p. 346 e ss.; M. COMPORI, *Abbandono*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, I, p. 1 e ss.; F. MACIOCE, *Il negozio di rinuncia nel diritto privato*, Napoli, E.S.I., 1992; L. MOSCARINI, *Rinuncia*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1991, XXVII, p. 1 e ss.; M.E. LA TORRE, *Abbandono e rinuncia liberatoria*, Milano, 1993; G. SICCHIERO, *Rinuncia*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, Torino, 1998, XVIII, p. 653; L. BIGLIAZZI GERI, *L'abbandono liberatorio*, in *Id.*, *Rapporti giuridici e dinamiche sociali. Scritti giuridici*, Milano, 1998, p. 554 e ss.; L. BOZZI, *La negozialità degli atti di rinuncia*, Milano, 2008.

sanzionabile in quanto abuso poiché fra le facoltà del titolare rientra pure il cosiddetto *jus abutendi*. Il punto è che però tutte queste formule appaiono deboli nel confronto con l'odierna realtà del sistema ordinamentale, come può essere dimostrato considerandole partitamente.

La prima ipotesi è quella all'apparenza più semplice, se non anche banale, del bene mobile liberamente abbandonabile e liberamente occupabile. Questa immagine scolastica risulta però di difficile configurazione⁽³⁾, in un contesto ormai contrassegnato da discipline pubblicistiche che procedimentalizzano ben diversamente la vicenda. Da un lato, la classica *res derelicta animo derelinquendi* appare largamente riconducibile all'ipotesi del rifiuto, cui una complessa regolamentazione, ormai di matrice comunitaria, impone una disciplina di gestione pubblicistica, a tutela di fondamentali interessi ecologici ed economici della collettività, radicalmente incompatibile con l'assunzione di una libera occupabilità da parte di chicchessia⁽⁴⁾. Dall'altro, la ricchezza mobiliare smaterializzata è soggetta a procedure che fanno perno su di una sua derelizione legalmente presunta, per fondare un acquisto in capo al fisco di beni che il titolare abbia lasciato 'dormienti', per importi di rilievo tutt'altro che irrilevante dal punto di vista delle pubbliche finanze⁽⁵⁾. Il tradizionale modo di acquisto della proprietà per occupazione parrebbe dunque quasi scomparso dal panorama della realtà

(3) Invero, già R. VON JHERING, *Serio e faceto nella giurisprudenza*, trad. it. con introduzione di F. Vassalli, Firenze, 1954, pp. 145-155, aveva intuito sviluppi che oggi appaiono sempre più evidenti.

(4) Il riferimento è oggi anzitutto alla direttiva 2008/98/CE, che è stata recepita in Italia con il d.lgs. 3 dicembre 2010, n. 205, in Francia con l'ord. 17 dicembre 2010, n. 1579, ed in Germania con la *Kreislaufwirtschaftsgesetz* del 24 febbraio 2012: cfr. *Produzione, gestione, smaltimento dei rifiuti in Italia, Francia e Germania. Tra diritto, tecnologia, politica*, a cura di G. Cerrina Ferroni, Torino, 2014.

(5) Nel mondo anglosassone sono state elaborate, a partire dallo storico concetto di *escheat*, nuove discipline per la derelizione presunta della ricchezza immateriale, detenuta da banche ed altri intermediari, strutturando un procedimento che sfocia in una devoluzione di quanto depositato nei *dormant accounts* alle pubbliche finanze, con un meccanismo che in alcuni Stati americani è divenuto una delle prime fonti di entrate: cfr. U. S. Supreme Court, 29 maggio 1905, *Cunnius vs. Reading School District*, 198 U.S. 458; J. GRIMES, *Escheat in Indiana and the Uniform Unclaimed Property Act of 1967*, in « Valparaiso University Law Review », 1969, p. 43 e ss.; K. REED MAYO, *Virginia's Acquisition of Unclaimed and Abandoned Personal Property*, in « William & Mary Law Review », 1986, p. 409 e ss.; T. GREGORY, *Unclaimed Property and Due Process: Justifying 'Revenue-Raising' Modern Escheat*, in « Michigan Law Review », 2011, p. 319 e ss. In seguito, l'istituto è stato recepito anche dal nostro legislatore con l'art. 1, comma 345, della l. 23 dicembre 2005, n. 266, cd. legge finanziaria per il 2006, e quindi con il regolamento attuativo di cui al d.p.r. 22 giugno 2007, n. 116: cfr. A.G. CIANCI, *La*

giuridica, per quanto attiene alle *res nullius*, sopravvivendo semmai come elemento tipico del peculiare regime di circolazione di certe *res alicuius* (6).

Al contempo, la consolidata tendenza allo spopolamento, ed alla perdita di rilievo economico, delle campagne e delle aree montane (7), nonché la più recente, ma acutissima, crisi del mercato immobiliare hanno fatto sì che il sempre crescente peso di tutto ciò cui 'la proprietà obbliga' (8) renda nient'affatto scolastica l'ipotesi di una rinuncia liberatoria alla titolarità di determinati immobili, il che prospetta agli operatori pratici tutta una serie di complesse questioni, come quelle inerenti ai meccanismi pubblicitari, alla posizione dell'ente pubblico forzatamente acquirente, che a tale acquisto potrebbe non avere alcun interesse, all'atteggiarsi della vicenda con riguardo ai diritti reali minori o alle situazioni di comunione (9). Non è nemmeno più così scontato

devoluzione allo Stato dei beni relativi ai rapporti bancari dormienti e la destinazione al fondo per la tutela dei risparmiatori, in « Banca borsa tit. cred. », 2010, p. 637.

(6) Di occupazione delle *res nullius* si può forse parlare per i pesci del mare, mentre negli altri casi in cui l'occupazione ha ancora uno spazio operativo il suo oggetto sembra pur sempre costituito da *res alicuius*, come accade per gli animali altrui nelle peculiari ipotesi di cui agli artt. 924-926 c.c., ovvero nei casi della raccolta di fiori, funghi e legna nei boschi altrui ed anche in quello della caccia, dato che gli animali selvatici, tradizionalmente tipica ipotesi di *res nullius*, sono confluiti nel patrimonio indisponibile dello Stato per effetto della l. 27 dicembre 1977, n. 968: cfr. G. FURGIUELE, *La circolazione dei beni*, in *Diritto Civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, Milano, 2009, II, II, pp. 330-334.

(7) L'attuale vicenda di riforestazione connessa all'abbandono delle aree rurali non ha precedenti nei secoli successivi all'Anno Mille, in quanto per ritrovare fenomeni di portata analoga occorrerebbe riandare al crollo demografico che seguì la fine dell'Impero Romano d'Occidente: cfr. F. FORMICA, *La crescita incontrollata dei boschi italiani*, in « National Geographic Italia », 22 febbraio 2016.

(8) La formula di quello che era l'art. 153 della Costituzione di Weimar sembra oggi inverata soprattutto dalla pressione fiscale, specialmente dopo l'impegnata decisa nel 2012 per ottemperare alle ingiunzioni euro-unitarie, oltre che dalle non irrilevanti responsabilità connesse alla manutenzione dell'immobile.

(9) L'unico riferimento normativo è rappresentato dalla scarna norma di cui all'art. 827 c.c., che lascia aperte molte di tali questioni; si possono vedere al riguardo: V. MASTROIACOVO, *La rilevanza delle vicende abdicative nella disciplina sostanziale dei tributi*, Torino, 2012; E. MANCINI, *Note in tema di rinuncia alla proprietà*, in « Vita not. », 2013, p. 943 e ss.; G. MUSOLINO, *Servitù prediali. L'estinzione per rinuncia*, in « Riv. not. », 2013, p. 368 e ss.; G. GUIZZI, *In tema di rinuncia alla multiproprietà immobiliare*, in « Riv. not. », 2014, p. 875 e ss.; M. BELLINIVIA, *La rinuncia alla proprietà e ai diritti reali di godimento*, studio n. 216/2014 del Consiglio Nazionale del Notariato, approvato il 21 marzo 2014; D. GALEARDI, G. PAPPALARDO, *Riflessioni in tema di rinuncia alla proprietà*,

che, in omaggio al brocardo feudale *nulle terre sans seigneur*, debba ritenersi inconcepibile l'ipotesi della *terra nullius*. Prescindendo pure da esempi che possono avere un rilievo solo storico⁽¹⁰⁾, va considerato come in dottrina si utilizzi tale riferimento per impostare la questione dei demani collettivi⁽¹¹⁾, ed è noto come una terminologia internazio-

5 marzo 2015, in www.federnotizie.it; E. SGUBIN, *Rinuncia abdicativa e accrescimento della quota dei comproprietari: problemi di trascrizione e intavolazione*, in «Nuova giur. civ. comm.», 2017, p. 1542 e ss. Quanto ai rapporti con la comparabile ma distinta ipotesi dell'acquisto statale dell'eredità *ex art.* 586 c.c. cfr. anche M. RIZZUTI, *La posizione dello Stato quale erede*, in *Successioni per causa di morte. Esperienze e argomenti*, a cura di V. Cuffaro, Torino, 2015, p. 439 e ss.

⁽¹⁰⁾ In passato questo poteva essere il caso dell'immobile liberamente occupabile in quanto sito su territorio disabitato e non soggetto ad alcuna sovranità né ad un regime internazionale di inappropriabilità: per uno degli ultimi esempi cfr. SANTI ROMANO, *Clipperton*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, pp. 31-40. Oggi, però, ipotesi del genere non si danno più, e tantomeno può essere accettato l'assunto colonialistico che ad esse equiparava tutte quelle in cui mancassero formalizzazioni delle situazioni di appartenenza secondo gli schemi occidentali, rigettato, in tempi invero non così lontani, da High Court of Australia, 3 giugno 1992, *Mabo vs. Queensland* [1992] HCA 23, 175 CLR 1, che ha riconosciuto agli insediamenti aborigeni una rilevanza giuridica possessoria. Non si può invece escludere *a priori* l'ipotesi estrema dell'emersione di una nuova isola in acque internazionali, la quale non potrebbe che essere qualificata come *nullius* (cfr. GAIO, *Res cottidianae*, in *Dig.*, 41.1.7.3), come era accaduto nel caso storico dell'Isola Ferdinandea, risoltosi quando poi la stessa tornò ad inabissarsi dopo pochi mesi di esistenza nel 1831.

⁽¹¹⁾ Recentemente L. PRINCIPATO, *I profili costituzionali degli usi civici in re aliena e dei domini collettivi*, in «Giur. cost.», 2015, p. 207 e ss., ha argomentato in favore di una netta riaffermazione della distinzione fra il demanio pubblico, appartenente allo Stato o ad altri enti pubblici, e quello collettivo, che costituirebbe appunto un patrimonio senza soggetto, con un'esplicita ripresa della formulazione di R. ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto*, in «Jus», 1960, p. 149 e ss. La tesi della qualificazione dei demani come 'beni comuni' è stata posta anche alla base delle argomentazioni di Cass., 14 febbraio 2011, n. 3665, in *Giur. it.*, 2011, p. 2406, sul celebre caso delle Valli da Pesca della Laguna Veneta, ma è noto come la vicenda si sia conclusa con la condanna dell'Italia per violazione dei diritti proprietari dei soggetti che le rivendicavano e che vi avevano esercitato, loro ed i loro danti causa, per secoli le proprie attività di impresa (CEDU, 23 settembre 2014, *Valle Pierimpì Società Agricola S.p.A. c. Italie*, n. 46154/11). Per un più ampio inquadramento della tematica dei domini collettivi, e per ulteriori riferimenti, cfr. V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1975; U. PETRONIO, *Usi civici*, in *Enc. dir.*, Milano, 1992, XLV, p. 931 e ss.; G. PALERMO, *I beni civici, la loro natura e la loro disciplina*, in «Riv. dir. civ.», 2006, p. 602 e ss.; P. GROSSI, «Usi civici»: una storia vivente, in *Archivio Scialoja-Bolla, Annali di studi sulla proprietà collettiva*, Milano, 2008, p. 20 e ss.; F. MARINELLI, *Gli usi civici*, in

nalmente diffusa qualifichi certi compendi immobiliari di particolare importanza culturale o ambientale come *common heritage of mankind*, benché soltanto in talune ipotesi ciò implichi davvero una situazione di assenza di proprietà ⁽¹²⁾, e nella maggior parte dei casi alluda piuttosto ad una speciale conformazione di quella che è pur sempre una proprietà pubblica o privata ⁽¹³⁾.

Venendo quindi al punto che più ci interessa, anche l'assunto dell'impossibilità di un'estinzione del diritto di proprietà in relazione ad un suo abuso, identificabile se del caso persino con il mero non-uso, non è più necessariamente fuori discussione.

È anzitutto da tempo superata l'idea per cui rispetto alla proprietà non potrebbe nemmeno ipotizzarsi l'abuso, trattandosi di diritto conferito nell'esclusivo interesse del titolare privato e comprensivo anche dello *jus abutendi*. Invero, già la tradizione romanistica, cui pure si tende a volte ad ascrivere tale rappresentazione, conosceva limitazioni ai poteri dominicali, che hanno rappresentato la base delle successive

Trattato di diritto civile e commerciale, già diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano, 2013; P.M. CATALANI, *La collocazione sistematica degli assetti fondiari collettivi in funzione del rapporto fra comunità e ambiente*, in *Archivio Scialoja-Bolla, Annali di studi sulla proprietà collettiva*, Milano, 2014, p. 1 e ss.; P. NERVI, *I diritti storici nell'esperienza degli assetti fondiari collettivi*, in *Il riconoscimento dei diritti storici negli ordinamenti costituzionali*, a cura di M. Cosulich, G. Rolla, Napoli, 2014, p. 34 e ss.

⁽¹²⁾ Si possono proporre gli esempi rappresentati da quei beni che il diritto internazionale colloca effettivamente in una posizione di giuridica inappropriabilità, come il suolo dell'Antartide, ai sensi dell'*Antarctic Treaty*, 1° dicembre 1959, quello della Luna e degli altri corpi celesti, in forza dell'*Outer Space Treaty*, 27 gennaio 1967, i fondali sottomarini e le acque internazionali secondo le convenzioni *UNCLOS*.

⁽¹³⁾ Invero, di solito la qualificazione di un bene in termini culturali o ambientali, da parte di un ordinamento statale o internazionale, conforma il regime del relativo diritto proprietario, privato o pubblico, in funzione dell'accessibilità e della fruibilità collettiva del bene, ma non esclude che una situazione proprietaria sussista, nemmeno nel caso di quei beni che vengono addirittura definiti *world heritage* dall'*UNESCO*. Pertanto, mantenendo la metafora ereditaria che è insita nelle espressioni inglesi utilizzate al riguardo, non si ha tanto un lascito in comunione ereditaria fra tutti gli esseri umani, quanto piuttosto un fedecommesso di cui un singolo soggetto è titolare ma col vincolo di conservare e ritrasmettere: consideriamo peraltro che nella nostra esperienza giuridica la tutela dei beni culturali sorse proprio quando si rese necessaria una nuova giuridificazione di quelli che in precedenza erano stati gli effetti riflessi dei veri e propri vincoli fedecommessari apposti ai patrimoni delle grandi famiglie ed aboliti con l'avvento delle codificazioni moderne (cfr. M. RIZZUTI, *Cultural Heritage and Inheritance Law*, in «*Journal of Regional Development Studies*», 2017, pp. 7-18).

elaborazioni in tema di abuso del diritto ⁽¹⁴⁾, ed anche ipotesi in cui ad essere sanzionato era il mero non uso ⁽¹⁵⁾. La successiva impostazione liberale che, in aperta contrapposizione con le soluzioni dello *jus commune*, negava ogni configurabilità dell'abuso proprietario e sosteneva quindi anche la liceità degli atti emulativi ⁽¹⁶⁾, limitando così l'utilizzo dell'argomento del divieto di abuso alle situazioni giuridiche in cui la titolarità del diritto fosse chiaramente informata alla cura di

(14) Secondo F. LONGCHAMPS DE BÉRIER, *L'abuso del diritto nell'esperienza del diritto privato romano*, Torino, 2012, le origini del concetto sarebbero da ricollegare alla legislazione imperiale romana contro i maltrattamenti degli schiavi: proprio dove l'assolutezza del potere proprietario si manifestava con la maggiore evidenza dovette essere più avvertita la necessità di una tecnica argomentativa che consentisse di valutarne l'esercizio in concreto, senza arrestare il ragionamento alla premessa di una titolarità del diritto che di per sé sola ne avrebbe legittimato ogni esplicitazione. Da una parte, si veniva in tal modo incontro ad istanze umanitarie, di matrice stoica e più tardi cristiana: com'è noto, infatti, mentre lo schiavismo moderno ha spesso tentato di giustificarsi sulla base della non umanità, o minore umanità, delle sue vittime per ragioni razziali, il pensiero antico non aveva difficoltà ad ammettere l'umanità degli schiavi, sebbene da ciò non traesse alcuna conseguenza in ordine alla, pressoché indiscussa, legittimità dell'istituto, come dimostra icasticamente la celebre soluzione della disputa sui *partus ancillae*, attribuiti al nudo proprietario della schiava e non al suo usufruttuario in quanto, trattandosi di esseri umani, non li si poteva considerare frutti, il che però non toglieva che sempre di una loro attribuzione in proprietà si discutesse (cfr. F. ZUCCOTTI, *Partus ancillae in fructu non est*, in ID., "Antecessori Oblata". Cinque studi dedicati ad A. Dell'Oro, Padova, 2001, pp. 185-326). D'altra parte, questa legislazione contro gli abusi padronali aveva anche, e forse soprattutto, lo scopo di evitare esiti destabilizzanti per l'ordine pubblico, riducendo la probabilità dello scoppio di rivolte servili, nonché quello di scongiurare l'antieconomica distruzione o menomazione di una merce fondamentale ma, con il rallentamento delle grandi guerre di conquista, sempre più rara.

(15) La medesima *ratio* di impedire un esercizio antieconomico del diritto di proprietà, che abbiamo visto alla base delle leggi in materia servile, emerge anche nell'ipotesi delle sanzioni che i censori, titolari di una giurisdizione che invero sfugge a molti dei paradigmi del classico *jus civile* e del processo pretorio, potevano infliggere al proprietario che lasciasse incolto il fondo o non curasse i suoi cavalli, mettendo così a repentaglio la produzione ed il potenziale bellico della *civitas*: Quarta, p. 19, nt. 2, richiama a tal proposito B. BRUGI, *Studi sul podere romano. Vigilanza dei Censori sulla coltivazione dei fondi*, in « Riv. dir. agr. », 1931, pp. 48-52.

(16) Un esempio paradigmatico del rifiuto che la dottrina liberale ottocentesca manifestava nei confronti della teoria dell'abuso si può rinvenire, infatti, nelle considerazioni di V. SCIALOJA, *Nota a Corte di Cassazione di Firenze 13 dicembre 1877*, in « Foro it. », 1878, c. 481 e ss., sulla liceità degli atti emulativi.

interessi altrui⁽¹⁷⁾, è stata poi, com'è ben noto, travolta dalla ricostruzione della stessa proprietà in termini funzionalizzanti: nella giurisprudenza⁽¹⁸⁾, nella legislazione⁽¹⁹⁾ ed a livello costituzionale⁽²⁰⁾. Da una

(17) È il caso dell'esercizio di quei poteri che la modernità giuridica non concepiva più in termini di dominio bensì di funzione pubblica o semipubblica, come nel caso dell'autorità amministrativa, in uno Stato non più patrimoniale, o in quello della potestà paterna e maritale, riconfigurata, con una fortunata ripresa di SENECA, *De beneficiis*, 3.11.2, come 'magistratura domestica'. In entrambi i casi la giurisprudenza francese ottocentesca fu infatti in grado di elaborare rimedi quali l'annullamento dell'atto amministrativo per *détournement de pouvoir* e la *déchéance* come sanzione per l'*abus de la puissance paternelle*, pur nella sostanziale assenza di referenti normativi, per quanto riguarda la seconda ipotesi poi introdotti nel *Code* (che a differenza dei suoi omologhi di area germanica o italiana, non conteneva in origine alcuna disposizione al riguardo) soltanto con la riforma del 1889: cfr. C. DEMOLOMBE, *Cours de code Napoléon. VI, Traité de l'adoption et de la tutelle officieuse; de la puissance paternelle*, Paris, 1861, p. 289 e ss.; M. CAVINA, *Il potere del padre*, Milano, 1995, I, pp. 210-213. La proprietà si prestava evidentemente molto meno ad analoghi sviluppi: tuttavia non andrebbe del tutto sottovalutato come alla stessa epoca appartenga anche la fortuna di quell'altra famosa formula di SENECA, *De beneficiis*, 7.4, resa celebre dalla relazione di J.E.M. Portalis al *Code*, per cui « *al cittadino appartiene la proprietà, al sovrano l'impero* », nella quale il contenuto del diritto proprietario viene certamente esaltato, ma viene anche già appaiato alla più pubblicistica delle funzioni.

(18) Uno dei primi riferimenti è rappresentato dal celebre caso *Clément-Bayard*, deciso da Cour de Cassation, 3 agosto 1915, in « *Dalloz* », 1917, I, p. 705, in cui si negò al proprietario di un fondo la facoltà di erigervi pali che avevano l'unico scopo di disturbare l'attività di un vicino *hangar* per dirigibili, con un intento che oggi qualcuno indicherebbe forse col termine *nimby*. È bene ricordare che la decisione venne presa nel pieno della Grande Guerra, negli anni in cui la legislazione emergenziale rinnegava i dogmi del diritto civile ottocentesco, come intuì F. VASSALLI, *Della legislazione di guerra e dei nuovi confini del diritto privato*, in « *Riv. dir. comm.* », 1919, I, p. 1 e ss., ed in cui peraltro la questione della funzionalità di un campo d'aviazione, posta evidentemente da una novità tecnica priva di precedenti romanistici, poteva assumere una rilevanza connessa allo sforzo bellico tutt'altro che marginale o confinata alle idiosincrasie soggettive di due bizzarri vicini.

(19) Com'è noto, il progetto italo-francese di ricodificazione del 1927 prevedeva anche una clausola generale sul divieto dell'abuso, mentre ai redattori del testo definitivo del 1942 essa apparve troppo pericolosa per la certezza del diritto, il che non impedì però che in una disciplina della proprietà molto più legata al corporativismo imperante che al liberalismo del secolo precedente, venisse inserito anche quell'art. 833 sul divieto di atti emulativi, che avrebbe fornito agli interpreti dei decenni successivi una delle basi su cui realizzare nella sostanza tale generalizzazione. A ben vedere, poi, un'altra filiazione, forse ancor più diretta, della ricordata vicenda giudiziaria francese si può ravvisare in quell'art. 840 che, come si diceva, risulta centrale nella prospettiva di Quarta.

tale concettualizzazione deriva infatti *de plano* la ammissibilità di quello scrutinio della conformità degli atti di esercizio del diritto allo scopo per cui lo stesso sia stato riconosciuto al suo titolare dall'ordinamento, nel quale si sostanzia secondo le più accreditate ricostruzioni il controllo di abusività ⁽²¹⁾.

Se tali approdi possono apparire quasi pacifici, lo è assai meno l'ipotesi di configurare come abuso il mero non esercizio del diritto di proprietà da parte del titolare, che pure potrebbe risultare tale da ledere la destinazione del bene al soddisfacimento di un interesse, ad esempio abitativo o produttivo, di rilievo anche sociale. Invero, nella giurispru-

La norma, invero, dopo un richiamo formale all'antico brocardo sulla mitologica estensione della proprietà *usque ad sidera et usque ad inferos*, ne svuota però la sostanza con il rinvio alle discipline speciali che già allora finivano per sottrarre il sottosuolo a tale logica (cfr. ora A. CHIANALE, *Profili civilistici di diritto minerario*, Torino, 2017), e quindi con la clausola generale che comunque vieta al proprietario di impedire l'accesso dei terzi a quelle altezze o a quelle profondità, rispetto alle quali tale esclusione non sia sorretta dall'interesse allo sfruttamento economicamente utile del bene e risulti quindi abusiva. Beninteso, non si tratta affatto della banale constatazione di una irrilevanza economica e giuridica delle estensioni estreme della proprietà fondiaria. Al contrario, norme di questo tenore sono divenute necessarie proprio in un mondo in cui la tecnologia rende possibili, economicamente profittevoli per i singoli e per la collettività, e quindi giuridicamente problematiche, attività di terzi a tali altitudini: come appunto l'aviazione del caso francese, ovvero la navigazione aerospaziale o ancora le trasmissioni via radio o via etere, sino al caso più recente della molteplicità di utilizzi cui oggi si prestano, a quote ben più basse e perciò ancor più suscettibili di generare concreti conflitti, i droni.

⁽²⁰⁾ Il riferimento è naturalmente, per quanto riguarda l'Italia, alla formula della « funzione sociale » di cui all'art. 42, comma 2, Cost., ma anche a quella dei « doveri inderogabili di solidarietà » *ex* art. 2 Cost., cui dottrina e giurisprudenza hanno agganciato le formule codicistiche in tema di buona fede e correttezza per trovare un fondamento sovraordinato e generale per il divieto di abuso del diritto.

⁽²¹⁾ Sugli sviluppi del concetto di abuso del diritto, che gode oggi di grandissima fortuna in ambito contrattuale, ma anche processualistico e tributario, si devono richiamare quantomeno: SALV. ROMANO, *Abuso del diritto (diritto attuale)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1958, I, pp. 166-170; U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in « Riv. trim. dir. e proc. civ. », 1958, p. 18 e ss.; P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in « Riv. dir. civ. », 1965, I, p. 203 e ss.; C. SALVI, *Abuso del diritto*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, I, p. 2 e ss.; F. PIRAINO, *Il divieto di abuso del diritto*, in « Europa e dir. priv. », 2013, pp. 75-173; nonché i contributi raccolti in « Diritto Privato », 1997, volume monotematico *L'abuso del diritto*; in *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, a cura di S. Pagliantini, Torino, 2010; in *L'abuso del diritto. Teoria, storia e ambiti disciplinari*, a cura di V. Velluzzi, Pisa, 2012; ed in *Abuso del diritto. Significato e valore di una tecnica argomentativa in diversi settori dell'ordinamento*, a cura di G. Furguele, Napoli, 2017.

denza solo un filone minoritario e risalente ha accettato di qualificare come emulativi anche dei comportamenti omissivi ⁽²²⁾, mentre quello maggioritario è nettamente schierato nel senso di ritenere necessario un *facere* per l'integrazione della fattispecie in parola ⁽²³⁾. Ancor più problematica appare poi la praticabilità di un ulteriore passaggio che vada oltre l'illiceità, per costruire una vicenda di estinzione, o di affievolimento, dello stesso diritto proprietario come sanzione per un siffatto abuso da non-uso ⁽²⁴⁾. Come si è ricordato, infatti, la formula tradizionale è quella dell'imprescrittibilità del diritto di proprietà che, a differenza degli altri diritti reali o di credito, non potrebbe estinguersi per il mero non uso, ma solo qualora ad esso si accompagni l'attività di un soggetto non proprietario, che in forza di questa risulterà infine acquirente.

Beninteso, anche il rilievo riconosciuto a tale situazione effettiva nel confronto con la titolarità formale sulla *res* è stato, ed è, suscettibile di variare profondamente a seconda degli approcci prevalenti nei differenti contesti. L'affermazione di un paradigma legalistico, liberale o neolibérale, può indurre a mettere in discussione la stessa ammissibilità del meccanismo giuridico che consente gli acquisti per usucapione ⁽²⁵⁾, mentre i momenti di crisi di tale impostazione hanno

⁽²²⁾ Si possono menzionare Trib. Vercelli, 2 maggio 1949, in « Foro pad. », 1950, I, p. 322; App. Messina, 4 ottobre 1958, in « Rep. Giust. civ. », 1959, voce *Emulazione*, n. 2; Cass., 15 novembre 1960, n. 3040, in « Foro it. », 1961, c. 256 e ss., con nota critica di A. SCIALOJA, *Il "non uso" è "abuso" del diritto soggettivo?*; nonché in dottrina U. NATOLI, *La proprietà*, Milano, 1976, p. 169 e ss.

⁽²³⁾ Si vedano App. Catania, 19 marzo 1955, in « Rep. Giur. it. », 1955, voce *Proprietà*, n. 1, e, più di recente, Cass., 20 ottobre 1997, n. 10250, in « Resp. civ. prev. », 1998, p. 1054, con nota di A. GUARNIERI, *Atto emulativo e omessa potatura siepe "che da tanta parte dell'ultimo orizzonte il guardo esclude"*; nonché in dottrina R. SACCO, *La proprietà*, Torino, 1968, p. 120; P. PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della proprietà*, Napoli, 1971, p. 197; e più di recente E. GUERINONI, *Il divieto di atti emulativi*, in *Trattato dei diritti reali*, a cura di A. GAMBARO, U. MORELLO, Milano, 2008, I, pp. 510-511.

⁽²⁴⁾ Come osservava SALV. ROMANO, *op. cit.*, p. 169, il rimedio generale per l'esercizio abusivo di qualunque diritto dovrebbe essere quello del « rifiuto di tutela », che « implica impedimento a conseguire o a conservare i vantaggi ottenuti » con l'abuso stesso, mentre illiceità e risarcimento del danno rappresentano un soltanto un eventuale rimedio « secondario e consequenziale », anche se certamente esperibile in molti casi.

⁽²⁵⁾ Quarta riporta al riguardo le parole di uno degli autori del *Code*, F.J.J. Bigot-Preameneu, secondo il quale alla sola idea della prescrizione acquisitiva « l'équité doive s'alarmer » (p. 203, nt. 282), e fa quindi riferimento alla più recente questione, sollevata davanti alla Corte EDU dal caso *J.A. Pye Ltd. vs. United Kingdom*, c. 44302/02, in ordine all'asserita illegittimità della *adverse possession*, istituto di *common law* analogo

implicato una maggiore considerazione delle posizioni di fatto, dalle locazioni realficate o perpetue nel diritto intermedio ⁽²⁶⁾, sino alla rivalutazione novecentesca delle situazioni possessorie come momenti di recupero della fattualità alla giuridicità ⁽²⁷⁾, ovvero di legittimazione da parte dell'ordinamento statale di quanto configurato dall'azione ordinante dei privati ⁽²⁸⁾. E lungo coordinate analoghe si è svolta del resto anche la vicenda del riconoscimento di quelle manifestazioni di

alla nostra usucapione (pp. 204-209). Per una più ampia ricostruzione del dibattito in proposito cfr. anche R. CATERINA, *Impium praesidium. Le ragioni a favore e contro l'usucapione*, Milano, 2001.

⁽²⁶⁾ Com'è noto, il diritto comune, differenziandosi profondamente dal diritto romano o da quello civile moderno, conosceva una configurazione dei rapporti proprietari incentrata sulla divisione tra dominio utile e dominio diretto, con una sostanziale prevalenza del primo, e più in generale del momento di effettività su quello della validità: tale contesto spiega quindi anche l'affermazione di alcuni specifici paradigmi negoziali. Così per il diritto intermedio era pienamente accettabile che il fattore tempo conducesse alla 'realificazione' di quella che romanisticamente sarebbe stata la mera *detentatio* del conduttore: cfr., per tutti, P. GROSSI, *Locatio ad longum tempus. Locazione e rapporti reali di godimento nella problematica del diritto comune*, Napoli, 1963, rist. 2014. Un'altra assai peculiare locazione tipica dell'*Ancien Régime* riguardava i fondi dei ghetti, spesso adibiti ad attività commerciali, che, non potendo gli Ebrei essere titolari di diritti reali immobiliari, erano loro attribuiti ricorrendo al cosiddetto *jus hazakah*, una locazione caratterizzata però dal tratto tipicamente reale della perpetuità: cfr. G. DEZI, A. CATALDI, A. BENCIVENGA BARBARO, *Genesis e natura del diritto di gazagà ossia parere per la verità sulla questione, se il diritto di gazagà acquistato dagli Ebrei sotto la legislazione pontificia siasi o no risoluto dopo la pubblicazione delle leggi italiane*, Roma, 1872; A. BACCELLI, *Brevi note intorno al carattere del ius di gazagà in Roma*, Roma, 1892; E. LEVI, *Lo "Jus Kazagà" in Piemonte. Alcune interessanti sentenze nel periodo della occupazione francese degli Stati Sabaudi: 1796-1814*, in «Rass. mens. Israel», 1977, pp. 152-162.

⁽²⁷⁾ Il riferimento è anzitutto all'opera di E. FINZI, *Il possesso dei diritti*, Roma, 1915, che amplia l'indagine a tutta una varietà di situazioni fattuali rilevanti per il diritto, ivi comprese la famiglia di fatto (ivi, p. 258) ed i contratti nulli ma recuperabili, poi più specificamente studiati in ID., *Studi sulle nullità del negozio giuridico*, Bologna, 1920. Vanno però ricordati quantomeno anche il contributo di C. LAZZARA, *Il contratto di locazione: profili dommatici*, Milano, 1961, con il suo rinnovato tentativo di costruire la posizione del conduttore in termini di realtà, e quello di V. FRANCESCHELLI, *I rapporti di fatto*, Milano, 1984.

⁽²⁸⁾ Per tale impostazione si veda SALV. ROMANO, *Ordinamento sistematico del diritto privato, I, Diritto obiettivo — Diritto subjettivo*, a cura di F. Romano, Napoli, 1967, pp. 188-194; cfr. però anche ID., *Osservazioni sulle qualifiche "di fatto" e "di diritto"*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Padova, 1940, IV, p. 145 e ss., nonché ID., *Presentazione* a E. FINZI, *Il possesso dei diritti*, Milano, rist. 1968.

autonomia privata che collegano causalmente un'attività produttiva su beni altrui con l'acquisto in proprietà degli stessi: da certi contratti agrari tipici del diritto intermedio, che la modernità giuridica osteggiava o relegava nell'eccezionalità del diritto coloniale⁽²⁹⁾, sino agli sviluppi contemporanei di nuove forme di procedimentalizzazione dell'effetto traslativo, come il cosiddetto *rent to buy for a company*⁽³⁰⁾.

3. *Rilievi di sintesi.*

L'ipotesi di una rilevanza del mero non uso, a prescindere dallo svolgimento, a titolo contrattuale o soltanto possessorio, di un'attività altrui protrattasi nel tempo, rappresenta però un *quid pluris*. In ambito codicistico, a ben vedere, qualcosa del genere è previsto, con riguardo ad ipotesi di tutto sommato limitata importanza, dalle norme che disciplinano l'acquisto per invenzione di quelle cose mobili smarrite il cui proprietario non si sia attivato nel breve termine di un anno dal loro ritrovamento da parte di un terzo⁽³¹⁾, ovvero per una sorta di combi-

⁽²⁹⁾ Un peculiare rapporto agrario cui poteva dar vita il versatile strumenti dei 'livelli' dello *jus commune*, la cosiddetta *partitionaria* o *complant*, consentiva al coltivatore, impegnatosi nel miglioramento del fondo, di acquisire al termine di una lunga durata contrattuale la proprietà di una porzione dello stesso, cosa che all'individualismo proprietario di un altro degli autori del *Code*, F.D. Tronchet, sarebbe sembrato addirittura « une idée sauvage » (cfr. P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, 2004, p. 108). L'ipotesi, espunta quindi dai codici metropolitani, sarebbe però riemersa sotto le spoglie del 'contratto di piantagione' in quelli coloniali, dettati dalla Francia per la Tunisia e poi dall'Italia per l'Eritrea (cfr. S. MANCUSO, *Terra in Africa. Diritto fondiario eritreo*, Trieste, 2013, p. 75), e destinati a regolare contesti in cui l'impellente esigenza di mettere a frutto enormi estensioni di terra incolta si poneva in termini per certi aspetti analoghi a quelli in cui l'aveva conosciuta l'età altomedievale.

⁽³⁰⁾ Quarta, p. 286, nt. 9, richiama l'ipotesi legislativamente regolata del *rent to buy* immobiliare, ma, in ragione del suo nesso con l'esercizio effettivo di un'attività produttiva, ci sembra ancor più significativa quella, elaborata dalla prassi degli operatori, del *rent to buy* aziendale: cfr. *Rent to buy di azienda*, a cura di S. Landini, M. Palazzo, in *Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato*, n. 2 del 2016. Per un esplicito, e soltanto apparentemente paradossale, richiamo circa l'attualità, nell'odierno contesto giuridico-economico, delle figure migliorative tipiche del diritto intermedio si veda anche M.M. FRANCISETTI BROLIN, *Enfiteusi e devoluzione*, Napoli, 2016.

⁽³¹⁾ Si allude, naturalmente, alle ipotesi di invenzione ordinaria di cui agli artt. 927-931 c.c., nonché a quelle speciali concernenti i relitti navali ed aeronavali di cui agli artt. 933 c.c., nonché 510-513 e 993-995 c.n.: in tutti questi casi, infatti, l'acquisto consegue ad un procedimento complesso il cui svolgersi è determinato dallo smarrimento, dal ritrovamento, dall'intervento di una pubblica autorità ed infine dalla mancata attivazione del titolare entro un termine breve. Non ci sembra invece del tutto esatto fare

nazione fra accessione ed invenzione di quelle della cui proprietà *memoria non exstat* ⁽³²⁾. Ben altro rilievo ha invece proporre una rilevanza del non uso in termini generali, ed in particolare con riferimento anche alla proprietà immobiliare.

Invero, per quelle stesse ragioni che hanno determinato la nuova importanza degli atti di rinuncia, si stanno moltiplicando pure le situazioni di abbandono in fatto dei beni immobili, cui corrispondono non di rado occupazioni *sine titulo* correlate alle più varie vicende. Proprio ad esse si riferisce, infatti, la ricostruzione di Quarta, le cui conclusioni prospettano un affievolimento dello *jus excludendi* del proprietario, ma anche delle sue responsabilità da cose in custodia, ed una correlativa giuridificazione della posizione del terzo accedente nei termini di un quasi usufrutto, il tutto finché perduri una situazione di non uso da parte del titolare. Tale situazione è, infatti, considerata dall'autrice tale da determinare il venir meno di quell'interesse ad escludere cui l'art. 840 c.c. condiziona il potere del proprietario di opporsi alle attività dei terzi nel sottosuolo o nello spazio sovrastante, e che nella logica fatta propria dal volume finisce per essere applicato in termini generali ad ogni estensione del bene.

Un esito del genere può dunque essere riguardato come una netta affermazione di quella linea di pensiero che qualifica in termini di abuso il mero non-uso e *ne trae*, per così dire, le estreme conseguenze, tutelando il terzo che bene o male riporta l'immobile alla sua funzione, abitativa o anche di altro genere, in pregiudizio del proprietario inerte. Semmai, rispetto ad un criterio eminentemente sostanzialistico e concreto come quello dell'abuso, la ricostruzione proposta può forse indurre il rischio di un'eccessiva generalizzazione. Le vicende di occupazione degli immobili abbandonati sono infatti assai diversificate, come riteniamo possano dimostrare anche solo alcuni esempi, naturalmente senza nessuna pretesa di esaustività. Il titolare può, infatti, essere un ente pubblico che per negligenza trascura completamente di occu-

riferimento ad un'attività possessoria del ritrovatore, in quanto costui, a differenza di chi acquista per occupazione o per usucapione, a ben vedere, in caso di corretto svolgimento della sequenza legale, è solo un detentore che consegna la cosa a chi di dovere.

⁽³²⁾ Si allude all'ipotesi del cosiddetto tesoro di cui all'art. 932 c.c., ormai di rilievo pressoché soltanto scolastico in ragione dell'ampiezza della deroga rappresentata dai diritti statali sui ritrovamenti di rilievo culturale. Ad ogni modo, certamente con riguardo all'acquisto per mera accessione da parte del proprietario del fondo, ma a ben vedere anche per quanto attiene ai diritti del terzo che lo rinvenga per puro caso, è chiaro come la vicenda acquisitiva, e la correlata implicita perenzione della titolarità del remotissimo proprietario che ve lo aveva seppellito (*rectius* dei suoi eventuali eredi), non si ricollegli ad alcuna effettiva attività possessoria posta in essere da parte di chi risulta acquirente.

parsi di determinati edifici che sarebbe invece tenuto a destinare alla pubblica fruibilità⁽³³⁾, oppure un'impresa edilizia più o meno decotta che rimane oberata da una quantità di immobili invenduti, oppure ancora il piccolo proprietario che eredita l'appartamento dei genitori nella città d'origine e, sempre in ragione della crisi, non riesce a collocarlo sul mercato, per non parlare delle situazioni connesse ai ricordati fenomeni di spopolamento delle aree rurali. D'altra parte l'occupazione può aver luogo, a seconda dei casi, sulla spinta impellente del bisogno materiale che induce all'invasione dell'immobile abbandonato, o anche di quello da cui il titolare si sia brevemente allontanato⁽³⁴⁾, oppure essere connotata come ideologicamente antagonista ed intesa al recupero di certi spazi a funzioni di rilievo collettivo, oppure ancora può risultare inserita nell'organico funzionamento di meccanismi *lato sensu* assistenziali gestiti da ordinamenti criminali, che approfittano delle deficienze di quello statale per proporre, ed imporre, il loro

(33) Se anche la proprietà privata, nel quadro costituzionale, deve assolvere una funzione sociale, il profilo della funzionalizzazione è ancora più pregnante laddove venga in rilievo la proprietà pubblica, il che rende in tale ambito ancor meno accettabile, e quindi più agevolmente qualificabile in termini di abuso, l'ipotesi del mero non-uso del bene da parte dell'ente titolare. Sul regime amministrativo della proprietà si possono vedere: A.M. SANDULLI, *Beni pubblici*, in *Enc. dir.*, Milano, 1959, V, p. 277 e ss.; M.S. GIANNINI, *I beni pubblici*, Roma, 1963; S. CASSESE, *I beni pubblici: circolazione e tutela*, Milano, 1969; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Premesse per una teoria dell'uso dei beni pubblici*, Napoli, 1979; N. GRECO, F. GHELARDUCCI, *I beni pubblici in Italia: profili funzionali e problemi di gestione*, Bologna, 1982; A. LOLLI, *Proprietà e potere nella gestione dei beni pubblici e dei beni di interesse pubblico*, in «Dir. amm.», 1996, p. 53 e ss.; *Invertire la rotta. Idee per una riforma della proprietà pubblica*, a cura di U. Mattei, E. Reviglio, S. Rodotà, Bologna, 2007; M. ESPOSITO, *I beni pubblici*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, Torino, 2008; *I beni pubblici, tutela, valorizzazione e gestione*, a cura di A. Police, Milano, 2008, p. 17 e ss.; G. COLOMBINI, *I beni pubblici tra regole di mercato e interessi generali. Profili di diritto interno e internazionale*, Napoli, 2009.

(34) Un diffuso orientamento della giurisprudenza penale ritiene che in tali circostanze operi la scriminante dello stato di necessità (cfr., per riferimenti, Quarta, p. 210 e ss.), per cui al proprietario non rimane che la via di una tutela civile ordinaria, posto che, non sussistendo evidentemente un rapporto locativo, non è esperibile quella, almeno teoricamente accelerata, della convalida di sfratto. A chi scrive non è possibile frenare un senso di perplessità, a fronte di un ordinamento statale che, nell'era dei parametri e dei vincoli europei, non ha le risorse per rispondere all'emergenza abitativa con strumenti comparabili a quello che in altri tempi era stato il Piano INA Casa 1949-1963 della l. 28 febbraio 1949, n. 43, e non ha quindi altra soluzione da offrire, se non la sostanziale resa ad un'illegalità che trasforma la vita di certi contesti urbani degradati in un hobbesiano *bellum omnium contra omnes*, almeno fino a che il vuoto non venga riempito dagli ordinamenti criminali.

welfare. Ci sembrerebbe dunque intuitivo dover concludere che non tutte queste situazioni potranno presentare la stessa meritevolezza di tutela giuridica, se vagliate alla luce di un criterio sostanzialistico come quello dell'abuso, anche se tutte quante potrebbero in astratto rientrare nella prospettata fattispecie generale dell'accesso all'immobile che versi in condizioni di non-uso.

Un ultimo spunto di riflessione ci viene da una notizia recente, relativa ad una vicenda che propone di nuovo il tema dell'abuso per non-uso del bene immobile e prospetta conseguenze attinenti non tanto alla conservazione, quanto piuttosto, in maniera se vogliamo ancor più radicale, alla possibilità di acquisto del diritto di proprietà. In un contesto segnato da crescenti diseguaglianze⁽³⁵⁾, il sindaco di una dinamica metropoli globale, il cui mercato immobiliare si trova in condizioni che sembrano distare anni luce dalla nostra crisi, si è posto infatti il problema di come impedire che le esigenze abitative dei residenti siano frustrate da acquisti di stranieri con finalità di mero investimento, ed è infine arrivato a proporre di riconoscere ai primi una sorta di prelazione⁽³⁶⁾.

(35) T. PIKETTY, *Il Capitale nel XXI secolo*, trad. it., Milano, 2014, sostiene che nel mondo contemporaneo il tasso di rendimento del capitale sarebbe tornato di gran lunga superiore rispetto a quello di crescita dell'economia, invertendo la tendenza affermata all'indomani delle guerre mondiali, in seguito alle distruzioni belliche ed all'avvento del *welfare* keynesiano, e finendo così per ripristinare un assetto ottocentesco, in cui la ricchezza ereditabile prevale sempre su quella guadagnabile, come nella società antiegalitaria ed antimeritocratica che l'autore ama illustrare richiamando le parole del Vautrin di H. BALZAC, *Le Père Goriot*, Paris, 1835. Per una rilettura critica di tali posizioni cfr. però D. McCLOSKEY, *Measured, unmeasured, mismeasured, and unjustified pessimism: a review essay of T. Piketty's Capital in the twenty-first century*, in « Erasmus. Journal for Philosophy and Economics », 2014, 2, pp. 73-115.

(36) Nonostante l'assonanza con certi *slogan* xenofobi, nel caso in questione l'approccio è palesemente differente: basti considerare che il riferimento è alla Londra del sindaco laburista anglo-pakistano S. Khan, la stessa in cui è stata presa seriamente in considerazione l'ipotesi di una secessione del Regno Unito post-Brexit, intesa a dare vita ad una sorta di città-stato capace di rimanere quanto più possibile aperta ai flussi dell'economia globale. La vicenda è ad ogni modo assai significativa per ciò che attiene ai temi di cui ci siamo occupati, in quanto l'ipotesi degli investitori stranieri, per lo più cinesi, che acquistano immobili abitativi senza nessuna intenzione di abitarvi, ma nemmeno di locarli o rivenderli, bensì solamente per assicurare valore alla loro liquidità da collocare, e lo fanno in una misura tale da risultare pregiudizievole per le esigenze abitative dei residenti (cfr. K. FRENCH, *London mayor Sadiq Khan plans to block foreign homebuyers from snapping up properties until locals have been given 'first dibs'*, in www.dailymail.co.uk, 1 febbraio 2018), incarna forse meglio di ogni altro esempio la problematica dell'abuso del diritto di proprietà, rendendo plasticamente l'idea di che cosa significhi pervertirne la funzione sociale.

FILIPPO RUSCHI

SPAZI ANOMICI E NEMICI ASSOLUTI.
UN ITINERARIO DI FILOSOFIA
DEL DIRITTO INTERNAZIONALE (*)

(A proposito di P. Linebaugh, M. Rediker,
I ribelli dell'Atlantico, Milano, Feltrinelli, 2018;
A. Policante, *The Pirate Myth*, London, Routledge, 2015)

1. Piraterie. — 2. Mudanza de fortuna. — 3. Cercando il bandolo. — 4. ...sì come uomini naturalmente vaghi di pecunia e rapaci.

1. *Piraterie.*

« In Mediterraneo la pirateria è vecchia quanto la storia » ha scritto Fernand Braudel: un giudizio che vale come monito contro ogni generalizzazione (1). Il fenomeno piratesco è esigente nei confronti dell'interprete ma seguendo l'insegnamento contenuto in *La Méditerranée et le monde méditerranéen à l'époque de Philippe II* le prime

(*) Sono grato a Federigo Bambi per i preziosi suggerimenti ricevuti. La mia gratitudine va anche a Marco Sabbioneti e a Francesco Vertova per una prima lettera del testo. Durante le mie ricerche ho ricevuto il sostegno del PRIN 2015 — *Soggetto di diritto e vulnerabilità: modelli istituzionali e concetti giuridici in trasformazione* e del Progetto *El logos de la guerra. Normas y problemas de los conflictos armados actuales (DER2017-82106-R)* finanziato dal Ministerio de Economía, Industria y Competitividad spagnolo. Questo contributo è il frutto di una riflessione avviata a partire dal Workshop Internazionale *La pirateria fra storia e diritto: percorsi di ricerca interdisciplinare*, che si è svolto presso l'Università di Firenze nel dicembre 2015 e che, assieme a Ida Gilda Mastrososa, ho avuto il privilegio di coordinare. Ulteriori sollecitazioni sono poi giunte dalla partecipazione al II Seminario Hispano-Italiano dedicato a *Guerra, derecho y seguridad en las relaciones internacionales*, tenutosi presso l'Università di Oviedo nel novembre 2017 con il coordinamento di Roger Campione: ai due colleghi va la mia gratitudine per le occasioni di confronto intellettuale.

(1) Cfr. F. BRAUDEL, *La Méditerranée et le monde méditerranéen à l'époque de Philippe II*, Paris, Colin, 1982, trad. it. *Civiltà e imperi del Mediterraneo nell'Età di Filippo II*, vol. 2, Einaudi, Torino, 1986, p. 920.

qualità che si rendono necessarie sono la sensibilità diacronica, la propensione alla comparazione, ma anche la disponibilità a muoversi lungo differenti crinali disciplinari. Attitudini che si rivelano tanto più preziose se solo ci si sofferma sul fatto che la lunga durata della pirateria marittima non è circoscritta — richiamando ancora il lessico braudeliano — al bacino del « mare tra montagne » (2). Nel momento in cui si allunga la vista oltre i confini del Mediterraneo e, superate le Colonne d'Ercole, ci si spinge oltre i « parecchi Atlantici » (3) fino ai gelidi mari settentrionali, abbondano le conferme della risalente permanenza di tali pratiche predatorie. Così anche se, in una direzione completamente opposta, ripercorse le rotte del Mar Rosso e dell'Oceano Indiano e giunti allo stretto di Malacca, si posa lo sguardo sulle remote acque dei mari cinesi: « piracy is as ancient as China itself » ha sottolineato un attento osservatore del fenomeno, quale Robert J. Anthony, facendo evidentemente suo il monito braudeliano e, se possibile, rendendo il quadro generale ancora più complesso e sfaccettato (4).

Il problema è ineludibile: a fronte di un fenomeno tanto ampio come quello piratesco, a fronte di un caleidoscopico alternarsi di cesure e di permanenze, di ridondanze e di innovazioni, il rischio è quello di smarrirsi. In altri termini l'interrogativo che si pone insidioso è quello della validità stessa della nozione di pirateria. Del resto non è neppure possibile ipotizzare una 'stratigrafia' di queste vicende, immaginando differenti 'sedimentazioni' che permettano di identificare specifici archetipi cronologicamente qualificati. In particolare occorre respingere la tentazione di cogliere una linea evolutiva del fenomeno: una dinamica progressiva che da una pirateria a carattere etnico — manifestazione di quella arretratezza economica e culturale che per Tucidide caratterizzava i costumi degli antichi e che, ancora al suo tempo, contrassegnava le popolazioni barbariche dell'Asia Minore (5) — conduca senza incagli

(2) Cfr. BRAUDEL, *Civiltà e imperi del Mediterraneo nell'Età di Filippo II*, vol. 1, cit., p. 9.

(3) Ivi, p. 229.

(4) Cfr. R.J. ANTHONY, *Piracy on the South China Coast through Modern Times*, in *Piracy and Maritime Crime: Historical and Modern Case Studies*, B.A. Elleman, A. Forbes, D. Rosenberg (eds.), Newport (RI), Naval War College, 2010, pp. 35-50, e in particolare p. 35.

(5) Cfr. THUCYDIDES, *de Bello Peloponnesiaco*, I, 5. Sulla corretta interpretazione del luogo tucidideo si veda per tutti C. FERONE, *Lesteia. Forme di predazione nell'Egeo in età classica*, Napoli, Procaccini, 1997, pp. 165-170. Per una sua opportuna contestualizzazione alla luce delle vicende della talassocrazia ateniese cfr. P. DE SOUZA, *Piracy in the Graeco-Roman World*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, pp. 26-30. In merito alla lunga fortuna della interpretazione che Tucidide ha dato del fenomeno piratesco cfr. D. HELLER-ROAZEN, *The Enemy of All: Piracy and the Law of Nations*, New

a un'attività predatoria pienamente inserita nelle dinamiche mercantili e politiche, duttile strumento nelle mani delle *chancelleries*, come avviene per la corsa caraibica nella prima età moderna. Si tratta piuttosto di una vicenda ricca di piegature e di deformazioni, in cui il paradigma non risulta essere la sedimentazione, quanto piuttosto la formazione di differenti piani di faglia che si intersecano tra loro.

Certo, alla luce del suo carattere endemico e persistente è inevitabile che la pirateria abbia misure e intensità differenti. Ma, a ben vedere, lo scenario è ancora più complesso là dove nel medesimo quadrante storico e geografico finiscono per convivere archetipi predatori tra loro differenti. Conviene ancora una volta richiamare Braudel che, osservando quello che accadeva sulle rive meridionali del Mediterraneo nel corso del Cinquecento, rilevava come accanto alla « guerra di corsa cittadina, la grande pirateria, esisteva una pirateria di grado inferiore, spesso prossima alla più miserabile rapina », là dove « minuscoli animali selvatici » si aggiravano voraci « alla ricerca di una selvaggina proporzionata alle loro forze » (6). Guardando più indietro, all'evo antico, ci si confronta con uno spettro se possibile ancora più ampio: da una pulviscolare predazione « artigianale », brigantesca manifestazione di un'economia di rapina diretta a parassitare le rotte mercantili, si giunge alla *grande piraterie* di quelli che con un efficace ossimoro sono stati definiti « stati-pirata » (7). Si tratta di modulazioni diverse del medesimo fenomeno che pur trovando nell'*animus furandi* il proprio tratto saliente, ha finito per eccedere la dimensione puramente predatoria: i pirati hanno interferito nelle strategie talassocratice dei maggiori attori ora nelle vesti di antagonisti nel controllo delle rotte, ora come mercenari in grado di fornire servizi altamente qualificati, ora in qualità di alleati capaci di placare le inquiete distese marittime.

A fronte di questa straordinaria flessibilità, alla insuperata capacità di adeguarsi alle circostanze mimetizzandosi nelle pieghe della *grande histoire*, l'ambiguità rappresenta la cifra autentica del pirata. Se infatti, come attestano ancora l'art. 15 della Convenzione sull'Alto Mare sottoscritta a Ginevra nel 1958 e l'art. 101 della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare sottoscritta nel 1982 a Montego Bay, la vocazione predatoria costituisce l'elemento qualificante la condotta piratesca, in un'ottica di lungo periodo tale attività si è spesso sovrappo-

York, Zone Books, 2009, trad. it. *Il nemico di tutti. Il pirata contro le nazioni*, Macerata, Quodlibet, 2010, pp. 32-34.

(6) Cfr. BRAUDEL, *Civiltà e imperi del Mediterraneo nell'Età di Filippo II*, vol. 2, cit., p. 925. In merito cfr. anche S. BONO, *I corsari barbareschi*, Torino, ERI, 1964, pp. 3-4.

(7) Cfr. Y. GARLAN, *La guerre dans l'Antiquité*, Paris, Nathan, 1972, trad. it. *Guerra e società nel mondo antico*, Bologna, il Mulino, 1985, p. 31.

posta a pratiche differenti, a partire da quelle belliche e mercantili (8). In altri termini, il carattere evanescente della pirateria, l'alternarsi tra latenza e recrudescenza del fenomeno, non deriva semplicemente dai remoti nascondigli — come le « coste rocciose o acquitrinose » e i « dedali insulari » del bacino mediterraneo di cui parla Yvon Garlan (9) —, dove poter riparare, celandosi agli inseguitori e attendendo tempi migliori. Né va posto unicamente in relazione alla identità mutevole e cangiante di coloro che percorrono i mari: David Cordingly ricorda come gli agili sloop giamaicani costruiti di buon cedro rosso tra '600 e '700 erano apprezzati in egual misura dai mercanti e dai filibustieri (10). Del resto fin dall'antichità la domanda era ricorrente: cosa celava la vela all'orizzonte? Si trattava di un interrogativo inquietante, destinato ad angosciare generazioni di viaggiatori, come ci attesta Eliodoro: qual è dunque l'identità dell'agile *akatos* che ombreggia la nave fenicia su cui sono imbarcati Cariclea e Teagene, i protagonisti del rocamboloso *Etiopiche*? (11) Forse, come era uso, si trattava solo di un piccolo naviglio che per maggiore sicurezza seguiva la scia della imbarcazione più grande. Una improvvisa bonaccia ed ecco che il vascelletto si faceva sotto a forza di remi. L'identità era presto svelata: si trattava del terribile

(8) Per altro già il diritto consuetudinario aveva qualificato la pirateria come *crimen iuris gentium*: circa il processo di codificazione si veda da ultimo L. MARINI, *Pirateria marittima e diritto internazionale*, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 49-84 ove bib. In dottrina non sono mancati coloro che hanno messo in dubbio che la pirateria possa rientrare all'interno di tale categoria: Antonio Cassese, ad esempio, ha sostenuto che devono essere ritenuti crimini internazionali i crimini di guerra, i crimini contro l'umanità, il genocidio, la tortura, l'aggressione ed infine le forme più gravi di terrorismo. La pirateria, in sé, non è punita per proteggere un valore o un bene proprio della comunità internazionale: piuttosto la scelta di rendere la sua repressione universale consiste nel fatto che, semplicemente, c'è un comune interesse a tutelare la libera circolazione delle merci, cfr. A. CASSESE, *Cassese's International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 19-21. In merito anche § 4.

(9) Cfr. GARLAN, *Guerra e società nel mondo antico*, cit., p. 30.

(10) Cfr. D. CORDINGLY, *Under the Black Flag: the Romance and Reality of Life among the Pirates*, New York, Little Brown, 1995, trad. it. *Storia della pirateria*, Milano, Mondadori, 2003, p. 171.

(11) Cfr. HELIODORUS, *Aethiopica*, V, 23-24. In merito alla precisione del racconto di Eliodoro di Emesa circa le tecniche di abordaggio adottate dai *lestai* cfr. FERONE, *Lesteia*, cit., pp. 123-124. Sulla figura del pirata nella letteratura dell'età ellenistica, si veda anche DE SOUZA, *Piracy in the Graeco-Roman World*, cit., pp. 214-218. Non è casuale che *Le Etiopiche* abbiano avuto una straordinaria fortuna nella Inghilterra elisabettiana, in cui si celebravano i fasti di Walter Raleigh e di Francis Drake, cfr. C. JOWITT, *The Culture of Piracy, 1580-1630: English Literature and Seaborne Crime*, Farnham, Ashgate, 2010, in particolare pp. 79-109.

pirata Trachino, il cui nome era sufficiente a gettare nel panico l'equipaggio e i passeggeri!

L'evanescenza della pirateria, la sua stupefacente capacità di adattarsi plasticamente al contesto, di immergersi nel flusso della storia per poi riaffiorare in maniera inaspettata non è soltanto manifestazione della liquida identità di coloro che Schmitt ha salutato come i veri « figli del mare » (12). Piuttosto, va posta in relazione alle differenti strategie di (de)legittimazione: il pirata conosceva i piani inclinati degli ordinamenti giuridici non meno che le rotte marittime, essendo Landolfo Rufolo un esempio insuperato di tale abilità. Infatti, da mercante divenuto « corsale » a seguito di un crack finanziario, si diede « a far sua della roba d'ogni uomo e massimamente sopra i turchi » e « forse infra uno anno, rubò e prese tanti legni di turchi, che egli si trovò non solamente avere acquistato il suo che in mercantia avea perduto, ma di gran lunga quello avere raddoppiato » (13). *Sylai, laudes represaliarum, letters of marque* e patenti di corsa a cui praticamente tutti coloro che si affacciavano sul mare fecero ricorso fino alla tardiva abolizione della *guerre de course* — occorrerà aspettare lo spirito cobdeniano che soffiava potente alla Dichiarazione di Parigi del 1856 (14) —, rappresentavano il vettore privilegiato di una

(12) Cfr. C. SCHMITT, *Land und Meer. Eine weltgeschichtliche Betrachtung*, Stuttgart, Klett-Cotta, 1954, trad. it. *Terra e mare. Una riflessione sulla storia del mondo*, Milano, Adelphi, 2011, p. 42 e anche *infra* § 4.

(13) Cfr. GIOVANNI BOCCACCIO, *Decameron*, II, 4, Firenze, 1976, p. 94. Per contestualizzare le vicende del mercante di Ravello un buon punto di partenza resta J.H. PRYOR, *Geography, Technology, and War. Studies in the Maritime History of the Mediterranean, 649-1571*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992, pp. 135-164. Circa la complessa natura della corsa medievale e sulla sua progressiva formalizzazione un buon punto di partenza resta HELLER-ROAZEN, *Il nemico di tutti*, cit., pp. 83-92 e ancor più specificamente ID., *Dialectic of the Medieval Course*, in R.H. Bloch, A. Calhoun, J. Cerquiglioni-Toulet, J. Küpper, J. Patterson (eds.), *Rethinking the New Medievalism*, Baltimore (Md.), Johns Hopkins University Press, 2014, pp. 69-84. Se forse una opera di sintesi sul tema della corsa medievale deve ancora essere pubblicata, non mancano eccellenti *case studies* in grado di offrire materiale significativo anche a chi non si avvicina al problema in una chiave esclusivamente storiografica: cfr. ad esempio A. ROVERE, *Un procedimento di rappresaglia contro Rodi (1388-1390)*, in « Atti della Società Ligure di Storia Patria », XXIII (1983), 2, pp. 68-97.

(14) In merito all'abolizione della corsa si veda S. MANNONI, *Potenza e ragione. La scienza del diritto internazionale nella crisi dell'equilibrio europeo (1870-1914)*, Milano, Giuffrè, 1999, pp. 174-177. Ad una lettura maliziosa la Dichiarazione di Parigi favoriva le maggiori potenze danneggiando coloro che, come gli Stati Uniti — l'amministrazione Pierce, infatti, preferì apporre la propria riserva a tale clausola — non erano in grado di finanziare ingenti forze navali: cfr. J.F. WITT, *Lincoln's Code: The Laws of War in American History*, New York, Simon and Schuster, 2013, pp. 133-140. Nel 1898

dinamica oscillatoria tra legalità e illegalità, tra *kleinkrieg* navale e pura e semplice razzia ma anche, e qui se possibile le acque si fanno ancora più torbide, tra « azione giudiziale e guerra »⁽¹⁵⁾.

Se dunque, come si è visto, la pirateria ha avuto modulazioni molto differenti, a sua volta questo archetipo banditesco ha rappresentato la misura più intensa di una gamma particolarmente ampia di attività predatorie legate ora a strategie egemoniche, ora a rivalità politiche interne, ora a competizioni commerciali. In altri termini questo fenomeno, per quanto già di per sé articolato, si è incrociato con differenti forme di inimicizia, finendo spesso per ibridarsi o, quanto meno, per paludare la propria natura autenticamente razziatrice. Claudio Ferone, solo per rimanere nell'Egeo dell'età classica, ha distinto la *lesteia* dei fuoriusciti politici — quella di un Dionisio di Focea che, esule dalla Ionia occupata dal Gran Re, razziaava esclusivamente le navi etrusche e cartaginesi nelle acque sicule —, quella praticata da strateghi e trierarchi giustificata da presunte esigenze belliche, quella legata a rappresaglie armate determinate da contenziosi di natura sia pubblica sia privata, quella concessa ai mercenari a titolo di compenso per i loro servizi: in un quadro tanto articolato la *lesteia* intesa come pura e semplice attività criminale risultava essere quasi residuale⁽¹⁶⁾.

Duemila anni più tardi, in scenari ben più ampi e complessi, in un contesto fortemente anarchico e conflittuale, definitivamente consolidatosi il dispositivo giuridico della corsa, da preda il mercante non aveva remore a farsi predatore e la pratica dei riscatti, vivace fin dall'antichità, era divenuta industria. Là dove, il fattore religioso era un ulteriore fattore di complessità, fornendo un possente strumento di legittimazione alle pratiche predatorie: il pensiero corre alla « fratellanza che, nella storia del mondo, unisce il calvinismo politico alle nascenti energie marittime » su cui ha insistito lo Schmitt di *Land und Meer*⁽¹⁷⁾. Là dove, non solo gli sterminati oceani, ma anche il più

gli Stati Uniti impegnati nel conflitto con la Spagna, senza per questo aderire alla Dichiarazione di Parigi, dichiararono di rinunciare al *privateering*. Il governo spagnolo, nonostante l'inferiorità strategica che avrebbe giustificato la guerra di corsa, acconsentì a fare lo stesso: in merito cfr. J.E. THOMSON, *Mercenaries, Pirates, and Sovereigns: State-Building and Extraterritorial Violence in Early Modern Europe*, Princeton (N.J.), Princeton University Press, 1994, p. 76 e HELLER-ROAZEN, *Il nemico di tutti*, cit., p. 97.

⁽¹⁵⁾ In relazione a tale dinamica si vedano le suggestive considerazioni contenute in HELLER-ROAZEN, *Il nemico di tutti*, cit., pp. 83-98.

⁽¹⁶⁾ Cfr. FERONE, *Lesteia*, cit., pp. 69-115.

⁽¹⁷⁾ Cfr. SCHMITT, *Terra e mare*, cit., pp. 81-87 e in particolare p. 87. In merito al ruolo della pirateria nel quadro della dissoluzione della *respublica Christiana* cfr. A. POLICANTE, *The Pirate Myth. Genealogies of an Imperial Concept*, London, Routledge, pp. 28-49. Sulla relazione tra penetrazione protestante nel Nuovo Mondo e pratica della

ristretto Mediterraneo, hanno sperimentato in maniera singolarmente intensa l'ibridazione tra la dimensione del conflitto politico e religioso e quella predatoria. Come dimenticare quanto ha osservato Alberto Tenenti? All'indomani di Lepanto « il trionfo della cattolica Spagna » era offuscato dalla « nascente potenza protestante di Elisabetta », cui si aggiunge presto « quella calvinista dei Paesi Bassi ». Ed è così che nel bacino Mediterraneo « alla vecchia rivalità tra Cristiani ed Infedeli si aggiunge quella tra Spagnoli e Protestanti »: si tratta, ha sottolineato Tenenti evidenziando la complessa articolazione dei paradigmi, dell'inizio « di un nuovo gioco politico e mercantile destinato a durare almeno sino all'inizio della guerra dei Trent'Anni » (18).

La nebbia per un attimo si dirada: affrontare il tema della pirateria in una prospettiva filosofico-giuridica, in primo luogo significa impattare il tema della legittimità del nemico. Il modo in cui si disciplina la figura del pirata spinge a riflettere sulle strategie di gestione della violenza — sia pubblica, sia privata — sulle modulazioni dell'esercizio della forza e, soprattutto, sullo statuto di coloro che sono coinvolti nelle differenti forme di conflitto. Là dove canoni normativi discordanti consentono pratiche divergenti, talvolta radicalmente incommensurabili: come dimenticare che i pirati mori e saraceni e i corsari barbareschi, antico terrore delle popolazioni rivierasche del bacino settentrionale del Mediterraneo (19), una volta tornati nei porti da cui erano salpati venivano celebrati come difensori della 'vera fede' — nel Cinquecento al corsaro Turghud Ali, meglio conosciuto come Dragut, ci si rivolgeva con l'altisonante titolo di 'Spada vendicatrice dell'Islam' — (20), oltre che come intraprendenti operatori commerciali? (21) Né

corsa marittima cfr. quanto meno J.-P. BASTIAN, *Le protestantisme en Amérique latine: une approche socio-historique*, Genève, Labor et Fides, 1994, pp. 19-34.

(18) Cfr. A. TENENTI, *Venezia e i corsari, 1580-1615*, Roma-Bari, Laterza, 1961, p. 8.

(19) Ma sarebbe un errore limitare il fenomeno esclusivamente al Mediterraneo: nel Seicento la corsa barbaresca, benché in una fase recessiva, era in grado di mettere a sacco Madeira (1617), catturare i pescatori francesi sui banchi di Terranova (1625), predare le coste meridionali dell'Irlanda (1631) spingendosi alla ricerca di bottino fino all'Islanda (1634), cfr. G.N. CLARK, *The Barbary Corsairs in the Seventeenth Century*, in « Cambridge Historical Journal », VIII (1944), 1, pp. 22-35 e, con una cronologia parzialmente differente, BONO, *I corsari barbareschi*, cit., pp. 177-178.

(20) Per un primo inquadramento della figura di Dragut cfr. E. MARTÍN-CORRALES, *Dragut, un corsario enemigo, admirado y temido*, in « Studia Historica: Historia Moderna », XXXVI (2014), pp. 59-75, consultabile all'indirizzo http://campus.usal.es/~revistas_trabajo/index.php/Studia_Historica/article/view/12285.

(21) Nella prospettiva dello *jus publicum Europaeum* occorrerà attendere Cornelis van Bynkershoek perché sorgessero dubbi « an Barbari in Africa sint piratae », cfr.

trattando di pirati e corsari, una volta di più, è possibile immaginare traiettorie lineari, facili omologazioni: il fatto che, come ha scritto Salvatore Bono, « la storia dei corsari barbareschi è, in gran parte, la storia dei rinnegati, calabresi o spagnoli, francesi o napoletani, veneziani o sardi, ma anche olandesi, tedeschi, inglesi », aggiunge una ulteriore variabile alla gamma delle pratiche piratesche ⁽²²⁾.

2. *Mudanza de fortuna.*

Riflettere sulla pirateria, dunque, significa in primo luogo confrontarsi con paradigmi di legittimità discordanti. Cicerone nel *De officiis* aveva coniato la locuzione « communis hostis omnium », una espressione particolarmente emblematica, destinata ad una eccezionale fortuna ⁽²³⁾. Riecheggerà in un passo che si è voluto impropriamente attribuire a Bartolo da Sassoferrato, secondo cui i pirati andavano considerati « hostes humani generis, unde dignum est a cunctis publicum bellum contra eos indicare » ⁽²⁴⁾. Non meno netto era stato Baldo degli Ubaldi, quando aveva sostenuto che il pirata doveva essere considerato alla stregua di un cane selvatico, « sicut catulus in sylvis » ⁽²⁵⁾. E se non bastava la pena capitale, alla morte corporale si sommava la dannazione eterna: il pirata, a causa della empietà delle sue azioni meritava la scomunica secondo quanto disposto da papa Alessandro III nel corso del Terzo Concilio Lateranense e come confermato

C. van BYNKERSHOEK, *Quaestionum juris publici libri duo*, Lugduni Batavorum, 1737, I, 17. In merito al passo di Bynkershoek si veda W. RECH, *Enemies of Mankind: Vattel's Theory of Collective Security*, Leiden, Nijhoff, 2013, pp. 95-98. Per un inquadramento del contesto storico e giuridico in cui si collocano le tesi di Bynkershoek cfr. per tutti G. CALAFAT, *Ottoman North Africa and Ius Publicum Europaeum: The Case of the Treaties of Peace and Trade (1600-1750)*, in *War, Trade and Neutrality: Europe and the Mediterranean in the Seventeenth and Eighteenth Centuries*, A. Alimento (ed.), Milano, Franco-Angeli, 2011, pp. 171-187.

⁽²²⁾ Cfr. BONO, *I corsari barbareschi*, cit., p. 5.

⁽²³⁾ MARCUS TULLIUS CICERO, *De officiis*, I, 4. Il passo ha alimentato un'ampia letteratura: cfr. HELLER-ROAZEN, *Il nemico di tutti*, cit., pp. 13-22 e POLICANTE, pp. 9-27 ove bib. Mi sia poi concesso rinviare al mio F. RUSCHI, 'Communis hostis omnium'. *La pirateria in Carl Schmitt*, in « Quaderni fiorentini », XXXVIII (2009), pp. 1215-1276.

⁽²⁴⁾ Cfr. l'additio di Alessandro Tartagni a BARTOLUS A SAXOFERRATO, *In secundam Digesti novi partem Commentaria*, Venetiis 1585, ad legem *Hostes*, ff. *De Captivis et postliminio reversis* [Dig. 49, 15, 24], c. 214 v.

⁽²⁵⁾ Cfr. BALDUS DE UBALDIS, *In septimum Codicis librum Commentaria*, Venetiis 1577 ad legem *Qui bonis*, ff. *Qui bonis cedere possunt* [C, 7, 71, 1], c. 118 r. In merito al passo di Baldo cfr. A.A. CASSI, *Ius commune tra vecchio e nuovo mondo: mari, terre, oro nel diritto della Conquista (1492-1680)*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 146.

da Innocenzo III nel successivo Concilio Lateranense ⁽²⁶⁾. Là dove, come testimonia l'Ostiense, era uso che il pontefice ogni anno reiterasse tale scomunica per tre volte, a rimarcare lo statuto eccezionale dei predoni dal mare ⁽²⁷⁾.

Nel momento in cui assieme alla *respublica Christiana* era tramontata l'autorità del *successor Petri*, era rimasta viva la necessità di proiettare il pirata al di là di ogni possibile statuto di legittimità: Alberico Gentili aveva sottolineato che « piratica est contra ius gentium », e, più significativamente, « contra humanae societatis communionem » ⁽²⁸⁾. Samuel von Pufendorf portava a conclusione queste premesse: il pirata violando ogni principio della *societas humani generis* aveva irrimediabilmente smarrito la propria umanità, « ut nisi vitam istam rapacem et cruentam abdicatum eant, ab aliis non magis parci ipsis conveniat, quam lupis, aut aliis truculentis belluis » ⁽²⁹⁾.

All'estremo opposto, per restare al tempo di Gentili e Pufendorf, riecheggiano ancora oggi i fasti tributati ai *Sea Dogs* elisabettiani, celebrati in patria come i salvatori dell'Inghilterra e i fondatori della talassocrazia anglosassone ⁽³⁰⁾. Gli stessi che, se catturati dagli Spagnoli, erano messi al rogo con entusiastica partecipazione di popolo: tra le vittime del primo autodafé tenutosi in Messico nel 1574 si contano alcuni marinai che avevano servito sotto John Hawkins, cugino e

⁽²⁶⁾ Si veda I. MAJNARIĆ, *Some Cases of Robbing the Papal Representatives Along the Eastern Adriatic Coast in the Second Half of the Twelfth and During the Thirteenth Century*, in « Acta Histriae », XV (2007), 2, pp. 493-506.

⁽²⁷⁾ L'Ostiense insiste particolarmente sul regime eccezionale della pirateria marittima che legittima la scomunica *ipso iure* cfr. HENRICUS DE SEGUSIO (HOSTIENSIS), *In quintum decretalium librum commentaria*, ad c. *Excommunicationi*, X *De Raptoribus* [X 5, 17, 3], Venetiis 1581, p. 54, su cui C.M. MOSCHETTI, voce *Pirateria (storia)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1983, XXXIII, pp. 873-911 e in particolare sugli interventi della Chiesa p. 876. Per altro vale la pena ricordare come ancora fino a Clemente XIV la bolla *In coena domini*, emanata ogni Giovedì Santo, reiterasse la scomunica ai pirati.

⁽²⁸⁾ Cfr. ALBERICO GENTILI, *De Iure Belli Libri tres*, I, xxv, Oxonii 1877, p. 118. Per altro Gentili fu un convinto sostenitore della legittimità delle patenti di corsa, ivi, I, v, pp. 24-25, su cui cfr. HELLER-ROAZEN, *Il nemico di tutti*, cit., pp. 113-114. Sul ruolo di Gentili nella genesi del diritto internazionale cfr. per tutti S. PIETROPAOLI, *Abolire o limitare la guerra? Una ricerca di filosofia del diritto internazionale*, Firenze, Polistampa, 2008, pp. 112-120.

⁽²⁹⁾ Cfr. SAMUEL VON PUFENDORF, *De jure naturae et gentium libri octo*, Francofurti ad Moenum 1684, VIII, 4, v. In merito alla condanna di Pufendorf si veda quanto meno RECH, *Enemies of Mankind*, cit., pp. 70-85.

⁽³⁰⁾ Tributo che riecheggia anche in SCHMITT, *Terra e mare*, cit., pp. 47-48.

mentore di Drake, alla sfortunata impresa di Veracruz ⁽³¹⁾. Andrea Doria, forse la stella più lucente nel firmamento della marineria italice del Cinquecento, aveva costruito una brillante carriera politica e, soprattutto, una ingente fortuna economica negoziando i propri servizi ora con il pontefice, ora con la corona francese, ora con l'Impero. Là dove di volta in volta questi accordi consentivano scorrerie non necessariamente limitate alle coste meridionali del Mediterraneo. Ed è appena il caso di richiamare una volta di più quello che accadeva nei porti ottomani e barbareschi: l'attività piratesca era al tempo stesso uno straordinario strumento di inclusione ed un formidabile ascensore sociale. Lo dimostra la celebre vicenda dei fratelli Arouj e Kheir-ed-Din Barbarossa destinati a divenire l'uno il promotore della espansione ottomana in Nordafrica in qualità di *beylerbeyi* — quando nel 1518 fu ucciso da un esercito composto da spagnoli e da algerini stanchi delle sue razzie, la sua testa fu donata a mo' di *ex voto* al monastero reale di San Jerónimo de Valparaíso a Cordoba —, l'altro a divenire il leggendario *kapudan-i derya* della flotta ottomana, venendo sepolto nel 1546 in un superbo mausoleo in riva al Bosforo. Il fatto che, ancora una volta, i due avessero origini cristiane è un fattore che rende l'identità del predone del mare, se possibile, ancor più fluida e sfuggente.

L'aneddoto, invero piuttosto noto, è rivelatore: Dragut — certamente il miglior allievo di Kheir-ed-Din Barbarossa — nella estate del 1540 era stato sorpreso dalle navi di Giannettino Doria alla fonda nella baia di Girolata, in Corsica, « là où s'amusant pour despartir entre luy et ses compagnons le butin qu'il avoit fait et sur tout », specifica il cronista, « les pauvres ames chrestiennes » ⁽³²⁾. Dopo essere stato

⁽³¹⁾ La dimensione religiosa era ulteriormente enfatizzata dal fatto che le bolle alessandrine avevano previsto la scomunica per chi avesse violato la *raya* tracciata da papa Borgia a tutela degli interessi spagnoli nel Nuovo Mondo, cfr. POLICANTE, p. 46. Sulla ripartizione degli spazi nella prima fase dell'espansionismo europeo mi sia concesso rinviare al mio F. RUSCHI, *Questioni di spazio. La terra, il mare, il diritto secondo Carl Schmitt*, Torino, Giappichelli, 2012 e alla bibliografia ivi contenuta. Sulla figura di Hawkins si veda invece il vivace H. KELSEY, *Sir John Hawkins: Queen Elizabeth's Slave Trader*, New Haven (CT), Yale University Press, 2003. In realtà solo tre dei trentadue prigionieri inglesi catturati a Veracruz finirono effettivamente sul rogo, ma negli stessi anni altre esecuzioni capitali riguardarono marinai francesi, cfr. S. POOLE, *Pedro Moya de Contreras: Catholic Reform and Royal Power in New Spain, 1571-1591*, Norman (OK), University of Oklahoma Press, 2012, pp. 43-46. Come ha ricordato Jean-Pierre Bastian, sui centosettanta processi celebrati dalla Inquisizione messicana, « la plupart » ebbe come vittime i « corsaires 'luthériens' », cfr. BASTIAN, *Le protestantisme en Amérique latine*, cit., p. 53.

⁽³²⁾ Cfr. PIERRE DE BOURDEILLE [Sieur de Brantôme], *Œuvres complètes, I, Des hommes grands capitaines estrangers et françois, couronnels et maistres de camp françois, discours contre les duels*, Paris, 1838, p. 110.

catturato, il corsaro, sembra per qualche commento irriparabile nei confronti del Doria e della sua giovane età, era stato messo ai banchi. In visita alla squadra navale genovese fra' Jean Parisot de la Valette, futuro Gran Maestro dell'Ordine gerosolimitano, non si era fatto scappare l'occasione di incontrare il celebre avversario e vedendo il barbaresco incatenato al remo aveva osservato: « Señor Dragut, usanza de guerra ». Al che, pare che l'altro avesse prontamente replicato nella lingua franca che univa marinai e pirati: « e mudanza de fortuna »⁽³³⁾. *Bon mots* cavallereschi? Schermaglie verbali tra antichi avversari? Forse. Ma, evidentemente, non si trattava solo di fortuna e ambedue i corsari erano consapevoli della relatività della loro condizione: lo stesso la Valette era stato da poco liberato, grazie ad una complessa operazione di scambio di prigionieri, dopo un anno passato ai remi delle galere barbaresche⁽³⁴⁾.

A questo punto la questione è insidiosa, ma ineludibile: cosa

⁽³³⁾ La vicenda è esemplare per comprendere le dinamiche politiche e giuridiche: Dragut fu poi acquistato dal banco dei Lomellini — vicino ad Andrea Doria — che, a sua volta, ne contrattò il riscatto con il Barbarossa intorno al 1544: l'accordo prevedeva il pagamento di 3500 ducati e la concessione della esclusiva sui banchi di corallo di Tabarca. In merito cfr. N. BARBOUR, *North West Africa from the 15th to 19th Centuries*, in *The Muslim World. A Historical Survey. Part III: The Last Great Muslim Empires*, Leiden, Brill, 1969, pp. 128-129. Se così fosse stato, si tratta dell'ennesima conferma del primato della dimensione predatoria ed economica nella guerra di corsa e della sua capacità di attivare *networks* finanziari a lungo raggio. Per una versione più cauta delle vicende che portarono al riscatto di Dragut si veda L. PICCINNO, *Un'impresa fra terra e mare. Giacomo Filippo Durazzo e soci a Tabarca (1719-1729)*, Milano, FrancoAngeli, 2008, pp. 37-38. Gli Annali riportano che la concessione di Tabarca fu una sorta di *datio in solutum*, giustificata dal fatto che il Barbarossa aveva difficoltà a reperire la somma per il riscatto, cfr. F. CASONI, *Annali della Repubblica di Genova del secolo decimo sesto...*, Genova, 1799, II, 4, pp. 139-140. D'altra parte la liberazione di Dragut va forse messa in relazione anche con la delicata situazione in cui si trovava Genova durante l'«empia alleanza» tra Francesco I e Solimano il Magnifico, là dove il Barbarossa, «correndo» la costa ligure, invero non pareva attribuire granché valore alla neutralità genovese, ivi, pp. 149-150.

⁽³⁴⁾ Il caso aveva voluto che anche la Valette fosse stato catturato nell'estate del 1540, salvo essere rilasciato dopo un duro anno trascorso sulle galere barbaresche. Cfr. G. BOSIO, *Istoria della Sacra Religione et Illustrissima Militia di San Giovanni Gerosolimitano*, Roma, 1621, III, xi, pp. 212-213 e, meno risalente, U. MORI UBALDINI, *La marina del Sovrano Militare Ordine di San Giovanni di Gerusalemme, di Rodi e di Malta*, Roma, Regionale, 1971, p. 160. L'epilogo dell'aneddoto è degno di un romanzo *de cape et d'épée*: ottantenne, Dragut cadrà nel 1565 durante l'assedio di Malta. Gli ostinati difensori, come noto, erano comandati dal Gran Maestro dell'Ordine gerosolimitano, la Valette.

accomuna i *lestài* della Cilicia, i *piratae* tirrenici e illirici con i corsari barbareschi ed ottomani? Quale relazione ci può essere tra i Narentani che nel corso del Medio Evo tormentarono le acque dell'Adriatico ed i *wokou* che fino a buona parte del Sedicesimo secolo infestarono le acque cinesi e coreane, salpando dall'arcipelago nipponico? ⁽³⁵⁾ Ed ancora, quale nesso è possibile stabilire tra i *frères de la côte* antillani e i *Vitalienbrüder* baltici? In altri termini, ha davvero senso parlare di pirateria come di un fenomeno organico, dotato di specifiche caratteristiche che lo differenziano tanto dal *bellum publicum* che da altre attività di stampo predatorio e banditesco? Oppure, a fronte di contesti storici, etnici e geografici tanto differenti, di pratiche così dissimili, di dispositivi normativi contraddittori, conviene adottare una buona misura di cautela e riconoscere una volta per tutte che questo vocabolo è fondamentalmente carente di significato? Se così fosse si tratterebbe di una generalizzazione comoda ma poco avvertita, di una rapida soluzione per affastellare vicende altrimenti opache.

Forse, ed è l'ipotesi più drastica, il termine 'pirata' è stato semplicemente uno strumento per delegittimare l'avversario, negargli la qualifica di *hostis* e proiettarlo in una dimensione che escludeva qualsiasi ritualizzazione delle ostilità e, piuttosto, alludeva ad un conflitto permanente e generalizzato ⁽³⁶⁾. Questo è quanto ci ha suggerito Schmitt nel momento in cui ha riconosciuto al vocabolo una straordinaria potenza performativa tale da proiettare il pirata non solo *hors la loi*, ma addirittura *hors l'humanité* ⁽³⁷⁾. Nelle sue diverse declinazioni questa qualifica radicalmente delegittimante, dunque, sarebbe stata — ed a ben vedere è ancora — il relè in grado di attivare una misura di violenza tendenzialmente illimitata, capace di eludere qualsiasi formalizzazione e di sospendere qualsiasi garanzia, eppure del tutto legittima.

3. Cercando il bandolo.

Affrontare il tema della pirateria, dunque, significa in primo luogo riflettere sulle strategie di gestione della violenza ⁽³⁸⁾. Si tratta di poco più di un appiglio che, per quanto prezioso, in sé rischia di peccare di

⁽³⁵⁾ Il declino della pirateria *wokou* è da mettere in relazione anche con l'arrivo degli Europei nello scacchiere asiatico: cfr. K. IGAWA, *At the Crossroads: Limabon and Wakō in Sixteenth-Century Philippines*, in *Elusive Pirates, Pervasive Smugglers, Violence and Clandestine Trade in the Greater China Seas*, R.J. Antony (ed.), Hong Kong, Hong Kong University Press, 2010, pp. 73-84.

⁽³⁶⁾ In merito cfr. P. BOJANIĆ, *The Figures of (a)Symmetry: 'Pirates'*, in « *Filosofia politica* », XXV (2011), 2, pp. 207-214.

⁽³⁷⁾ *Infra* § 4.

⁽³⁸⁾ *Supra* § 1.

genericità. Quali percorsi è possibile seguire allora per mettere a fuoco il fenomeno? Dove cercare quel fattore discriminante, quel carattere peculiare che consente di cogliere la natura autentica della pirateria, evitando che si disperda nei rivoli della storia o si dissolva nel caleidoscopio delle diverse fattispecie? Si può provare ad abbozzare qualche ipotesi, con la consapevolezza della loro volatile provvisorietà: il percorso è poco battuto e le tracce sul terreno restano di difficile lettura. Occorre cautela anche solo nel suggerire possibili itinerari.

Una prima soluzione potrebbe essere quella di rimuovere integralmente qualsiasi riferimento alla dimensione normativa: si tratterebbe di vicende tra loro troppo distanti, di contesti storici incommensurabili che non ha senso cercare di sussumere e circoscrivere nelle categorie del giurista. La scelta potrebbe allora essere quella di interpretare la pirateria adottando un paradigma di tipo socioeconomico. È questa la chiave di lettura che in maniera assolutamente suggestiva Marcus Rediker e Peter Linebaugh hanno utilizzato in relazione agli scorridori della celebre *Golden Age of Piracy*, gli anni immediatamente successivi al Trattato di Utrecht⁽³⁹⁾. In questa cornice la pirateria altro non è stato che una delle molteplici forme di quel banditismo sociale, connesso all'avvento del primo capitalismo mercantile. Gli oceani erano divenuti gli spazi agonali in cui si proiettava la volontà di potenza di un numero ristretto di attori politici: Spagna, Portogallo, Olanda, Francia e, naturalmente, l'Inghilterra che uscirà vincitrice dal lungo confronto⁽⁴⁰⁾. Il fatto che nell'arco temporale che va dal 1689 al 1713

⁽³⁹⁾ Cfr. P. LINEBAUGH, M. REDIKER, *Many-Headed Hydra: Sailors, Slaves, Commoners, and the Hidden History of the Revolutionary Atlantic*, Boston (Mass.), Beacon, 2000, trad. it. *I ribelli dell'Atlantico. La storia perduta di un'utopia libertaria*, Milano, Feltrinelli, 2018. Gli studi di Marcus Rediker, che per molti versi si collocano nel solco della tradizione inaugurata da John Edward Christopher Hill, da Eric Hobsbawm e da Edward Palmer Thompson, hanno ormai assunto un valore iconico nel quadro dell'*Atlantic History*: le ricerche di Rediker hanno contribuito ad evidenziare, ha rilevato Sandro Mezzadra, come proprio nello spazio di circolazione dell'Atlantico « la modernità ha precocemente mostrato il suo volto più catastrofico e ha contemporaneamente registrato il sorgere di radicali pratiche cosmopolite », in merito cfr. S. MEZZADRA, *La condizione postcoloniale. Storia e politica nel presente globale*, Verona, Ombre Corte, 2008, p. 67.

⁽⁴⁰⁾ Sul punto, in chiave filosofico-giuridica risulta difficile prescindere dalla lettura contenuta in C. SCHMITT, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, Berlin, Duncker & Humblot, 1997, trad. it. *Il Nomos della terra nel diritto internazionale dello 'jus publicum Europaeum'*, Milano, Adelphi, 1991, pp. 19-224. In merito alla interpretazione di Schmitt mi sia poi consentito rinviare a F. RUSCHI, *Leviathan e Behemoth. Modelli egemonici e spazi coloniali in Carl Schmitt*, in « Quaderni fiorentini », 33 (2004-2005), pp. 379-462.

— dall'inizio della Guerra della Lega di Augusta alla conclusione della Guerra di Successione spagnola — questi attori fossero costantemente in conflitto, con la poco commendevole eccezione di « five pirate-plagued years of peace », è la cifra di un antagonismo che, tramontate le istanze religiose e attenuate quelle territoriali, era fondato sul controllo delle risorse commerciali e delle rotte mercantili transoceaniche ⁽⁴¹⁾.

Questa prolungata frizione aveva determinato possenti sommovimenti sul piano interno, particolarmente evidenti in Inghilterra che, per dirla con Schmitt, aveva saputo reagire nella maniera più efficace al richiamo alla « esistenza marittima » ⁽⁴²⁾. Si era trattato di una torsione che aveva avuto pesanti ripercussioni sul piano sociale: nella lettura di Rediker, infatti, le ciurme di Henry Avery o di Bartholomew Roberts — solo per richiamare due tra i più noti scorridori del tempo — erano composte dai reduci delle politiche navaliste inaugurate già da Cromwell, poi frettolosamente smobilitati, non meno che da *commoners* rovinati dalle *enclosures* ⁽⁴³⁾. I pirati che nei primi anni del Settecento vivevano la loro epoca più gloriosa, dunque, per Rediker altro non erano che le schegge disperse per gli oceani di una società agraria ormai frantumata dai conflitti politici, religiosi e sociali ⁽⁴⁴⁾. I loro atti predatori, portati a termine con temeraria impudenza, finivano per rappresentare una forma di ribellione alla 'idrarchia' degli imperi coloniali e delle grandi compagnie commerciali ⁽⁴⁵⁾. Il giudizio di Rediker è nitido:

⁽⁴¹⁾ Cfr. M. REDIKER, *Villains of All Nations. Atlantic Pirates in the Golden Age*, Boston (Mass.), Beacon, 2004, pp. 19-20.

⁽⁴²⁾ Cfr. SCHMITT, *Terra e mare*, cit., pp. 53-56.

⁽⁴³⁾ Nel 1688 la *New Model Navy* vantava 173 vascelli da guerra e quarantaduemila marinai: cinquant'anni prima aveva meno di un terzo delle navi e poco più di un quinto dei marinai. Alla fine del Seicento la Royal Navy era il maggiore datore di lavoro di tutta l'Inghilterra: in merito cfr. LINEBAUGH, REDIKER, *I ribelli dell'Atlantico*, cit., p. 152, oltre a REDIKER, *Villains of All Nations*, cit., pp. 22-23.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. LINEBAUGH, REDIKER, p. 151.

⁽⁴⁵⁾ Sul concetto di « idrarchia imperiale », cfr. *ivi*, pp. 150-155. Il termine 'Hydrarchy' è tratto da *Whimzies* un testo a carattere satirico composto nel 1631 da Richard Brathwaite con lo pseudonimo di Clitus Alexandrinus: cfr. R. BRATHWAITE, *Whimzies; or, A new Cast of Characters...*, London, 1859, p. 45 [prima edizione London, 1631]. La fama di Brathwaite come scrittore, poeta e panflettista ha oscurato il fatto che dopo aver studiato diritto a Cambridge, aveva praticato gli *Inns of Court* per poi divenire *justice of the peace*: si tratta di un retroterra giuridico che consente di attribuire al vocabolo una specifica connotazione. Il fatto poi che Brathwaite avesse perduto l'unico figlio in mare durante uno scontro con i corsari algerini rappresenta un dettaglio tutt'altro che insignificante per riflettere sulla genesi del sostantivo. Il vocabolo è stato poi declinato secondo due prospettive — l'una, appunto, relativa alla dimensione

« espropriando una nave mercantile (dopo un ammutinamento o una cattura), i pirati si appropriavano dei mezzi di produzione marittima e li dichiaravano proprietà comune di quelli che svolgevano il lavoro ». La pirateria, dunque, sarebbe stato il prodotto di un conflitto di classe, là dove « anziché lavorare per un salario usando gli strumenti e la più grande macchina (la nave) di proprietà del mercante capitalista », i pirati rifiutavano l'idea stessa di uno stipendio e « comandavano la nave come loro proprietà, distribuendo equamente i rischi dell'impresa comune »⁽⁴⁶⁾.

Questo paradigma di tipo socioeconomico, però, applicato ad altri contesti non regge più. Non è necessario risalire molto il corso della storia: è sufficiente arrestarsi al Basso Medioevo, alla pirateria legata alla competizione tra le comunità rivierasche, là dove colui che si dava a predare il mare era una figura pienamente inserita nel tessuto cittadino⁽⁴⁷⁾. Volgendo lo sguardo a quello che avveniva nel bacino mediterraneo — ma lo scenario era pressappoco il medesimo se si sposta l'attenzione verso le acque della Manica o del Baltico —, questa figura, senza apparente soluzione di continuità, era al tempo stesso mercante e predatore, cittadino in armi al servizio della *Civitas* e, addirittura, *defensor Fidei*⁽⁴⁸⁾. Quali rivendicazioni sociali ed economiche esprimeva Paganino da Monaco quando, nelle acque di Montenero, al pisano Ricciardo da Chinzica aveva rapito la bella moglie

imperialistica e capitalista, l'altra alla *below-deck society* — in radicale antagonismo fra loro, cfr. LINEBAUGH, REDIKER, pp. 149-150. Sulla fortuna del concetto di idrarchia nella prospettiva della filosofia del diritto internazionale cfr. quanto meno L. BENTON, *Legal Spaces of Empire: Piracy and the Origins of Ocean Regionalism*, in « Comparative Studies in Society and History » XLVII (2005), 4, pp. 700-724 ed E. SCHOFIELD-GEORGESON, *Customs in Common across the Seven Seas*, « Law & History », II (2015), pp. 202-211.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. LINEBAUGH, REDIKER, p. 169.

⁽⁴⁷⁾ Per altro, anche senza scegliere la strada della comparazione diacronica, si registrano forti cautele nella possibilità di estendere la ricostruzione di Rediker a contesti geoeconomici e geopolitici differenti da quelli atlantici, cfr. per tutti L. LO BASSO, *Lavoro marittimo, tutela istituzionale e conflittualità sociale a bordo dei bastimenti della repubblica di Genova nel XVIII secolo*, in « Mediterranea. Ricerche storiche », XII (2015), 33, pp. 147-168 e in particolare pp. 148-149.

⁽⁴⁸⁾ Per un primo inquadramento storico del fenomeno ed in una prospettiva comparativa cfr. E. S. THAI, *The Legal Status of Piracy in Medieval Europe*, in « History Compass », X (2012), 11, pp. 838-851, ove ampia bib. Per un interessante caso-studio ci si può rivolgere ad A. MUSARRA, *1284 La battaglia della Meloria*, Roma-Bari, Laterza, 2018. Sulle vicende nordiche cfr. quanto meno T. HEEBØLL-HOLM, *Ports, Piracy and Maritime War: Piracy in the English Channel and the Atlantic, c. 1280-c. 1330*, Leiden, Brill, 2013 e D. MEIER, *Seefahrer, Händler und Piraten im Mittelalter*, Thorbecke, Ostfildern, 2004.

Bartolomea Gualandi, salvo poi intessere con lei una rovente storia d'amore? ⁽⁴⁹⁾ Landolfo Rufolo, come si è visto, aveva scelto la corsa per fronteggiare una crisi finanziaria ⁽⁵⁰⁾: si trattava di una opzione che senza dubbio aveva un'alea elevata ma che, al tempo stesso, era del tutto legittima sia sul piano giuridico, sia sul piano delle strategie di impresa ⁽⁵¹⁾. Il fatto che la sua fortunata navigazione ai danni dei « legni turchi » avesse bruscamente termine non a causa dei correligionari delle sue vittime, ma di « due gran cocche di genovesi » è rivelatore: « veduto il legnetto » del mercante amalfitano alla fonda in un sorgitore riparato, « e chiusagli la via da potersi partire, udendo di cui egli era e già per fama conoscendol ricchissimo », racconta Boccaccio cogliendo in maniera puntuale il carattere predatorio dell'azione navale « sì come uomini naturalmente vaghi di pecunia e rapaci a doverlo aver si disposero » ⁽⁵²⁾.

Altrettanto suggestiva — e per certi versi complementare alla soluzione appena delineata — è una lettura del fenomeno fondata su paradigmi culturali e sociopolitici, là dove la pirateria risulta essere stata una manifestazione di radicale antagonismo, una forma estrema di protesta nei confronti della società e delle sue gerarchie: il pirata, dunque, come epitome dell'eccezione. Anche in questo caso il riferimento storico più immediato è quello dei primi decenni del Settecento, là dove un elevato numero di marinai improvvisamente sprovvisti di imbarco, corsari privati di patente, ma anche esuli politici e religiosi, schiavi in fuga e ogni altro marginale videro negli oceani lo spazio dove rivendicare la propria libertà e, come ha osservato Amedeo Policante, realizzare « the turning upside down of traditional relationships of power » ⁽⁵³⁾. In questa prospettiva la pirateria dei primi decenni del Settecento, prima ancora che da un irresistibile *animus furandi*, sarebbe

⁽⁴⁹⁾ Cfr. BOCCACCIO, *Decameron*, II, 10, cit., pp. 166-172. In merito si veda l'inquadramento contenuto in HELLER-ROAZEN, *Il nemico di tutti*, cit., pp. 79-81.

⁽⁵⁰⁾ *Supra*, § 1.

⁽⁵¹⁾ In tal senso un buon punto di partenza, anche per la ricchezza del materiale raccolto, resta V. PIERGIOVANNI, *Corsari e riscatto dei captivi: garanzia notarile tra le due sponde del Mediterraneo. Atti del convegno di studi storici, Marsala, 4 ottobre 2008*, Milano, Giuffrè, 2010.

⁽⁵²⁾ Cfr. BOCCACCIO, *Decameron*, II, 4, cit., p. 32. Occorrerà insistere su quel « naturalmente », *infra* § 4.

⁽⁵³⁾ Cfr. POLICANTE, p. 43. Il riferimento, per altro esplicito, è alle tesi contenute nell'ormai classico C. HILL, *The World Turned Upside Down: Radical Ideas During the English Revolution*, London, Temple Smith, 1972, trad. it. *Il mondo alla rovescia. Idee e movimenti rivoluzionari nell'Inghilterra del Seicento*, Torino, Einaudi, 1981. La massiccia presenza di ex-schiavi africani sulle navi pirata è ampiamente attestata anche in LINEBAUGH, REDIKER, pp. 168-173. Per altro, è uno dei tanti paradossi della storia il fatto che nel corso delle campagne abolizioniste dell'Ottocento si invocasse a gran voce l'equipa-

stata caratterizzata da una istanza di radicale rinnovamento delle strutture sociali: etichettati come nemici del genere umano, esecrati come fiere selvagge, creature demoniache, abomini del mare, i pirati avrebbero fieramente rivendicato la loro marginalità, « declaring their ships to be autonomous floating republics, free as any other independent community to decide autonomously its own mode of life and the nature of its struggle » (54). La nave che, sfidando l'umanità intera, innalzava fieramente il sinistro Jolly Roger avrebbe così rappresentato « a nomadic state of exception, haunting the interstices of the first global *nomos* » (55).

Si tratta di una interpretazione particolarmente suggestiva delle vicende piratesche che ha il merito di metterne in risalto le molteplici sfaccettature. Questo, a partire dalla consolidazione di specifici modelli culturali che segnalavano l'eccezionalità dello *status* del pirata: l'adozione di un *patois* che era il crogiolo dei differenti gerghi delle marinerie atlantiche, di stili di condotta bizzarri che ecciteranno la fantasia di generazioni di lettori e faranno la fortuna dei romanzieri, di pratiche altamente violente — a cui potevano alternarsi occasionali e imprevedibili slanci di generosità — destinate a causare grande impressione negli ambienti di corte e nelle stanze degli ammiragliati, non meno che nelle taverne degli angiporti (56). Là dove la cifra autentica della *societas piratica* era rappresentata dal rigoroso egualitarismo che, alle rigide gerarchie sociali e a quelle ancor più inflessibili delle marinerie, privilegiava un ordine fondato unicamente sul carisma personale e sulle capacità individuali.

Non mancano le fonti in grado di attestare tale originalità: ci si può rivolgere con fiducia ad Alexandre Exquemelin che nel suo fortu-

razione della tratta degli schiavi alla pirateria, cfr. HELLER-ROAZEN, *Il nemico di tutti*, cit., pp. 24-25.

(54) Cfr. POLICANTE, p. 94.

(55) Ivi, p. 98. Il Jolly Roger è l'emblema più noto della pirateria caraibica ma non era certo l'unico: durante la *Golden Age of Piracy* le bandiere delle navi pirata, indistintamente in campo rosso o nero, potevano recare una lunga serie di macabri simboli: scheletri interi, cuori sanguinanti, braccia che impugnano minacciosamente scimitarre. « Ciò che tutti i vessilli pirata avevano in comune », ha osservato Cordingly, « era la capacità di incutere terrore alle vittime », cfr. CORDINGLY, *Storia della pirateria*, cit., pp. 119-124 e in particolare p. 120. La scelta della bandiera in un'epoca di formalizzazione del linguaggio araldico, ha evidenziato Rediker, era un modo per rivendicare e, al tempo stesso, celebrare la propria condizione di « outcasts of all Nations », cfr. REDIKER, *Villains of All Nations*, cit., p. 164. In merito cfr. anche POLICANTE, pp. 98-99.

(56) Sulla importanza della dimensione linguistica si veda anche LINEBAUGH, REDIKER, pp. 155-160.

natissimo *De Americaensche Zee-Roovers*, ha offerto una testimonianza particolarmente attendibile di tale *societas*, destinata a suggestionare un po' tutti gli scrittori che hanno fatto della predazione marittima la trama delle loro opere (57). Exquemelin, infatti, sapeva bene di che cosa parlava: a cavallo tra gli anni Sessanta e Settanta del Diciassettesimo, secolo, era stato imbarcato come chirurgo agli ordini del leggendario Henry Morgan, il più celebre corsaro della sua generazione, prendendo parte nel gennaio 1671 al sacco di Panama (58).

Descrivendo gli usi dei *buccaneers* che con le loro razzie anticiparono di una generazione le gesta dei pirati della *Golden Age*, Exquemelin segnala come fosse la ciurma a decidere gli obiettivi, a scegliere gli ufficiali di bordo e, spesso, perfino il capitano che poteva essere destituito in casi di manifesta incapacità. Veniva sottoscritto un vero e proprio *piratencode* che in maniera assolutamente puntuale disciplinava ogni aspetto della vita di bordo, prevedendo altresì le opportune sanzioni (59). La ripartizione del bottino, poi, aveva una importanza decisiva, là dove le quote erano in genere più omogenee rispetto a quanto di solito avveniva su di una unità di linea di Sua Maestà. Era perfino prevista una sorta di assicurazione sanitaria per cui veniva accantonata una certa porzione del bottino. Exquemelin ci ha lasciato

(57) Cfr. A.O. EXQUEMELIN, *De Americaensche zee-roovers: behelsende een pertinente en waerachtige*, Amsterdam, 1678. L'anno successivo era pubblicata la traduzione tedesca, tre anni dopo quella spagnola. Nel 1684 apparivano due distinte traduzioni inglesi che spinsero Morgan, nel frattempo impegnato nella vita politica giamaicana, ad intentare un ferocissimo processo per diffamazione. L'esito favorevole del giudizio presso la *King's bench Court* — gli editori furono condannati a risarcire Morgan versando la considerevole somma di quattrocento sterline — non ostacolò minimamente la circolazione dell'opera. In merito cfr. CORDINGLY, *Storia della pirateria*, cit., pp. 41-42 sulla fortuna dell'opera e p. 54 sul giudizio intentato da Morgan. Il volume di Exquemelin, ricco di dettagli granguignoleschi, contribuì fortemente a modificare la percezione del corsaro nell'opinione pubblica inglese, cfr. M. LINCOLN, *British Pirates and Society, 1680-1730*, London, Routledge, 2016, pp. 115-125. Negli ultimi anni il volume di Exquemelin ha avuto anche varie traduzioni italiane: si veda da ultimo A.O. EXQUEMELIN, *Il manuale del filibustiere*, Milano, Mursia, 2005.

(58) Il sacco di Panama, significativamente, era avvenuto all'indomani del Trattato di Madrid del 1670 che aveva disposto la cessazione delle ostilità tra Spagna ed Inghilterra. Richiamato a Londra, Morgan difese il suo operato evidenziando di non aver avuto alcuna comunicazione in merito: una giustificazione che i *Lords of Trade*, incaricati di accertare i fatti, furono ben lieti di accogliere, cfr. K. LANE, *Pillaging the Empire: Piracy in the Americas, 1500-1750*, London, 2015, pp. 101-115.

(59) Meritevole di approfondimento è il riferimento, contenuto in LINEBAUGH, REDIKER, p. 164, relativo alla esistenza di risalenti consuetudini in ambito marittimo che avrebbero rappresentato la fonte di ispirazione per questi accordi.

una descrizione minuta che vale la pena ripercorrere: seicento pezzi da otto per la perdita del braccio destro, cinquecento per il braccio sinistro o la gamba destra, quattrocento per la gamba sinistra. Un occhio o una delle dita valevano solo cento pezzi da otto. In alternativa alla liquidazione della somma, il ferito poteva ottenere la proprietà di un congruo numero di schiavi ⁽⁶⁰⁾.

In un contesto radicalmente anarchico solo l'esistenza di una coscienza morale condivisa, di un apparato di valori avvertiti come vincolanti, poteva garantire una simile articolazione delle relazioni sociali ⁽⁶¹⁾. Exquemelin, per altro, ha sottolineato il fatto che, con buona pace di Long John Silver e degli irrequieti filibustieri di Robert Louis Stevenson, i protagonisti di *De Americaensche zee-roovers* osservavano con il massimo rigore le regole del *piratencode*, impegnandosi in maniera particolarmente solenne a versare quanto predato e a tutelare l'integrità del bottino fino al momento della sua spartizione

Nel richiamare questa *contre-société pirate*, non è certo possibile trascurare il mito di Libertalia ⁽⁶²⁾. Secondo il celebre *A General History of Pirates* del capitano Charles Johnson — uno pseudonimo dietro cui per lungo tempo si è creduto si celasse Daniel Defoe ⁽⁶³⁾ —, si sarebbe trattato di una sorta di comunità ideale fondata in Madaga-

⁽⁶⁰⁾ Si veda EXQUEMELIN, *De Americaensche zee-roovers*, cit., p. 35. Per altro occorre cauta nell'evitare di idealizzare le condizioni di vita a bordo delle navi pirata, cfr. LINEBAUGH, REDIKER, pp. 166-167.

⁽⁶¹⁾ Non è il caso di approfondire altro, ma la natura anarchica e cooperativa e, per così dire, anti-hobbesiana è stata oggetto di un articolato dibattito su cui da ultimo in una prospettiva giusfilosofica, cfr. P.H. ROBINSON, S.M. ROBINSON, *Pirates, Prisoners, and Lepers: Lessons from Life Outside the Law*, Lincoln (NE), University of Nebraska Press, 2015, pp. 11-50.

⁽⁶²⁾ Cfr. P. CARMAGNANI, *La contre-société pirate. Émergence et élaboration du mythe des aventuriers des mers: Oexmelin et Defoe, 1678-1724*, Alessandria, Edizioni dell'Orso, 2000.

⁽⁶³⁾ Sul dibattito relativo alla reale identità del capitano Johnson, cfr. CORDINGLY, *Storia della pirateria*, cit., pp. XV-XVII. Mettendo da parte la questione della paternità dell'opera, è appena il caso di ricordare come Defoe abbia dedicato ampio spazio alla figura del pirata: al di là del fatto che lo sfortunato Robinson Crusoe, prima di fare naufragio presso il delta dell'Orinoco, aveva trascorso due anni di schiavitù dopo essere stato catturato dai corsari moreschi di Salè, questa figura riappare in numerose opere minori, da *The King of Pirates Being an Account of the Famous Enterprises of Captain Avery with Lives of Other Pirates* (1720), ad *Adventures and Piracies of the Famous Captain Singleton* (1720), fino ad *An Account of the Conduct and Proceedings of the late John Gow alias Smith, Captain of the late Pirates* (1725). In una prospettiva informata al *Law and Literature* si tratta di una prova affidabile del ruolo della pirateria nell'immaginario collettivo.

scar⁽⁶⁴⁾: qui la proprietà privata era abolita, la moneta sconosciuta, la schiavitù bandita, ogni uomo era libero ed eguale. Cordingly, altrimenti piuttosto misurato nei suoi giudizi, ha celebrato Libertalia come una comunità protodemocratica, « in cui cent'anni prima della Rivoluzione Francese [...] libertà, uguaglianza e fratellanza erano la regola, non l'eccezione »⁽⁶⁵⁾. Poco importa che con tutta probabilità questa sorta di Utopia piratesca fosse il prodotto della fantasia: come hanno sottolineato Linebaugh e Rediker il mito coagulava le aspirazioni di coloro che navigavano sotto la bandiera del Jolly Roger, là dove « la nave pirata era democratica in un'epoca antidemocratica » ed era « egualitaria in un'epoca gerarchica »⁽⁶⁶⁾.

D'altra parte anche questa lettura del fenomeno appare fortemente legata al contesto storico contingente: l'immagine di una pirateria vista come manifestazione di un conflitto sociale, per quanto plausibile se riferita alle distese oceaniche a cavallo tra Sei e Settecento, rischia di appannarsi in riferimento ad altri contesti storici. Quale controcultura — solo per restare alla prima modernità — poteva esprimere la corsa barbaresca, in cui si saldavano piuttosto identità religiosa ed istinto predatorio? E, per restare ancor meno distanti, che dire di quella generazione di *corsairs-capitalists*, rammentata anche da Schmitt, che fecero la fortuna dell'Inghilterra elisabettiana? Il riferimento esplicito è a Lady Killigrew e alla sua turbolenta famiglia che nella seconda metà del Cinquecento, da esponenti della nobiltà feudale e da membri dell'*establishment*, avevano dato vita ad un lucroso *network* piratesco

(64) Cfr. C. JOHNSON, *A General History of the Robberies and Murders of the Most Notorious Pyrates...*, London, 1724, trad. it. da ultimo *Storia generale delle rapine e degli assassinii dei più celebri pirati*, Roma, Cavallo di Ferro, 2012. Il testo ebbe uno straordinario successo: nel 1726 si era già alla quarta edizione, venendo tradotto anche in francese (1725), in olandese e in tedesco (1728). Come noto, *A General History of Pirates* fu una potente fonte di ispirazione per numerosi scrittori, tra cui primeggia il nome di Stevenson.

(65) Cfr. CORDINGLY, *Storia della pirateria*, cit., p. 100. Il Madagascar, colonizzato solo alla fine dell'Ottocento, rappresentò in effetti per molti pirati una sorta di spazio neutro nel quale far perdere le proprie tracce: cfr. da ultimo R. HOLROYD, *Whatever Happened to the Villains of the Indian Seas? The Happy Retirement of the Madagascar Pirates, 1698-1721*, in « International Journal of Maritime History », XXIX (2017), 4, pp. 752-770. Per altro, come ricordano Rediker e Linebaugh, la formazione di un *rogue State* piratesco — che in un susseguirsi di voci allarmate era collocato ora in Madagascar, ora alle Bermuda, ora nel Golfo di Guinea — rappresentava un vero e proprio incubo tanto per le cancellerie quanto per le compagnie commerciali, cfr. LINEBAUGH, REDIKER, p. 173.

(66) Cfr. LINEBAUGH, REDIKER, p. 168.

sulle coste dell'Irlanda e della Cornovaglia (67). Il loro « modo di condursi » e la loro « visione del mondo », scrive uno Schmitt impressionato dalla spregiudicatezza, « ci presentano un quadro dei ceti dominanti e della vera élite di allora assai più vivace e fedele di quello che si può ricavare da molti documenti ufficiali e da un gran numero di memorie coeve redatte in stile burocratico » (68). Si tratta di vicende in cui sarebbe vano cercare ogni traccia di marginalità o di riscatto sociale — Lady Killigrew fu tardivamente processata dopo che aveva guidato l'assalto ad una nave da carico spagnola, salvo essere graziata per intervento della Corona —, là dove i Killigrew erano autentici interpreti della società del loro tempo al pari « dei diplomatici, dei giuristi e dei poeti celebrati » (69).

4. ...sì come uomini naturalmente vaghi di pecunia e rapaci.

Quale strada percorrere allora? La sensazione è quella di essere in un vicolo cieco. Forse, allora, conviene fare un passo indietro e recuperare quel paradigma normativo che pareva inconcludente. Se per cogliere l'autentica natura del pirata il riferimento agli altri sottosistemi funzionali — quello economico, quello sociopolitico —, non sembrano garantire risultati affidabili, non resta che ritornare alla dimensione giuridica. Questo, pur nella consapevolezza della sostanziale ambiguità, perfino della contraddittorietà dei canoni di legittimazione. Anche in un contesto altamente formalizzato, inclusivo, articolato su categorie consolidate nella prassi e distillate dalla dottrina, quale quello degli ordinamenti giuridici contemporanei, non mancano infatti le aporie: il dato positivo, insomma, pur nella sua apparente solidità è tutt'altro che decisivo.

Si tratta di incongruenze strutturali: al di là di ogni possibile vocazione cosmopolitica, al di là della pressione omogeneizzante impressa dalla globalizzazione, resta il fatto che a livello nazionale la fattispecie della pirateria è stata ricostruita in maniera tutt'altro che unitaria: « ogni Paese ha la sua pirateria » è stato correttamente osservato, là dove « la prospettiva della comparazione non è provvida di

(67) Policante parla esplicitamente di « early piratical capitalism », si veda POLICANTE, p. 66.

(68) Cfr. SCHMITT, *Terra e mare*, cit., p. 48. La fonte di Schmitt è con tutta probabilità P. GOSSE, *A History of Piracy*, London, Longmans, 1932.

(69) Cfr. SCHMITT, *Terra e mare*, cit., p. 49. Per una ricostruzione della vicenda dei Killigrew attenta ai profili giuridici si veda M.G. HANNA, *Pirate Nests and the Rise of the British Empire, 1570-1740*, Chapel Hill (NC), University of North Carolina Press, 2015, pp. 28-46.

risultati, né facilmente percorribile» (70). Il rapporto tra legislazione domestica e quella sovranazionale, poi, non è meno problematico nel momento in cui si determinano scarti improvvisi, interferenze, sovrapposizioni. Ma anche se limitiamo la visuale al diritto internazionale, il panorama resta frastagliato: le asimmetrie tra il regime giuridico della pirateria e quello dei *crimina iuris gentium*, la sua problematica relazione con la disciplina degli illeciti contro la sicurezza della navigazione disposta dalla Convenzione di Roma del 1988 — così come integrata dal Protocollo addizionale del 2005 —, la delicata coordinazione tra *International Humanitarian Law* e repressione delle attività piratesche sono solo alcuni dei fattori che rendono lo scenario particolarmente movimentato (71). Se poi si allunga lo sguardo al passato cercando di cogliere potenziali intrecci e linee di evoluzione ecco che improvvisamente la caligine si fa spessa e ogni categoria perde di nettezza.

L'art. 101 della Convenzione sul Diritto del Mare, che in larga misura replica quanto previsto già nella Convenzione internazionale concernente l'alto mare stipulata a Ginevra nel 1958, ha cristallizzato una risalente consuetudine qualificando come pirateria quegli atti commessi ai danni di una nave o di un aeromobile in alto mare o in luogo non sottoposto alla giurisdizione di qualsiasi altro Stato. In questo caso (artt. 100 e 105) è possibile una reazione collettiva, una sorta di *actio popularis*, per cui ogni Stato può procedere ad arrestare i pirati, sequestrando la nave e requisendo i beni, purché al di fuori delle acque territoriali. Il paradigma qui appare ben definito: da una parte abbiamo la comunità degli Stati, dall'altra un soggetto privato che compie un illecito in uno spazio giuridicamente neutro. Ma se solo facciamo un passo indietro e, ad esempio, si fa riferimento dell'Accordo di Nyon che, concluso nel 1937, faceva seguito alla offensiva dei sommergibili italiani e tedeschi ai danni delle linee di rifornimento repubblicane, ecco che il quadro si arricchisce di sfumature: nel preambolo dell'Accordo, infatti, si richiamava il fatto che gli attacchi al traffico mercantile compiuti da unità non identificate costituivano atti di pirateria. Gli Stati firmatari avrebbero dovuto contrastare queste aggressioni, contrattaccando e se possibile, si legge nel testo, affondando il pirata (72). Là dove,

(70) Cfr. G. DENORA, *Pirateria navale: pregi e difetti del modello italiano*, in *Azione di contrasto della pirateria: dal controllo dei mari a quello dei flussi finanziari. Atti del Convegno tenutosi a Taranto l'11 marzo 2013 presso la Scuola Sottufficiali della Marina Militare 'Lorenzo Bezzi'*, a cura di A. Uricchio, Bari, Cacucci, 2013, pp. 161-172.

(71) Sulle asimmetrie presenti nella disciplina della repressione della pirateria cfr. da ultimo M. DEL CHICCA, *La pirateria marittima: evoluzione di un crimine antico*, Torino, Giappichelli, 2016, in particolare pp. 76-89.

(72) Sulla vicenda risulta prezioso l'inquadramento proposto in HELLER-ROAZEN, *Il nemico di tutti*, cit., pp. 141-155.

si precisava, la reazione era legittima anche senza che l'aggressione fosse attuale: era sufficiente che l'unità subacquea non identificata si trovasse in prossimità del tratto di mare dove era avvenuto l'attacco ⁽⁷³⁾.

È chiaro che nelle vicende di Nyon — « the first instance of collective struggle against an 'enemy of mankind' », come l'ha definito Walter Rech ⁽⁷⁴⁾ — il paradigma pubblico-privato è del tutto mancante. Così come è del tutto assente l'*animus furandi* quale elemento qualificante dell'illecito. Là dove, con tutta evidenza, prendono il sopravvento valutazioni di tutt'altro genere, legate essenzialmente al contesto politico ⁽⁷⁵⁾.

Spostiamoci ancora indietro nel tempo, alla Guerra di Secessione americana: lo scenario, ancora una volta, è differente là dove sono stati i corsari e i violatori di blocco confederati a subire la squalificante etichetta di pirata. Poco importava che queste navi battessero bandiera e che nei loro equipaggi prevalesse l'*animus belligerandi*. In virtù della riserva apposta dagli Stati Uniti alla Dichiarazione di Parigi del 1856 relativamente alla abolizione della guerra di corsa, l'attività confederata, piuttosto, avrebbe dovuto ritenersi legittima ⁽⁷⁶⁾. Né il loro statuto poteva essere giustificato alla luce della commissione di crimini contrari allo *ius gentium*: semplicemente, era il portato del mancato riconoscimento della Confederazione da parte del Governo unionista. Se i Confederati non erano *hostes legitimi*, ma semplici insorti, non avevano neppure la capacità di rilasciare patentì di corsa. Dunque, corsari e

⁽⁷³⁾ Per un inquadramento delle vicende politiche e militari che determinarono l'Accordo di Nyon si veda F. BARGONI, *L'impegno navale italiano durante la guerra civile spagnola (1936-1939)*, Roma, Ufficio Storico della Marina Militare, 1992, pp. 131-144 e pp. 200-330. In una prospettiva attenta alla dimensione diacronica cfr. D.P. O'CONNELL, *The Influence of Law on Sea Power*, Manchester, Manchester University Press, 1975, pp. 79-81. Sul peso dell'Accordo di Nyon nel quadro dell'evoluzione del diritto bellico marittimo si veda poi L.F.E. GOLDIE, *Terrorism, Piracy and the Nyon Agreements*, in *International Law at a Time of Perplexity. Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, Y. Dinstein (ed.), Leiden, Nijhoff, 1989, pp. 225-248.

⁽⁷⁴⁾ Cfr. W. RECH, *Rightless Enemies: Schmitt and Lauterpacht on Political Piracy*, in « Oxford Journal of Legal Studies », XXXII (2012), 2, pp. 235-263 ed in particolare p. 237.

⁽⁷⁵⁾ Come noto, per Schmitt la vicenda di Nyon è assolutamente paradigmatica: cfr. C. SCHMITT, *Der Begriff der Piraterie*, in « Völkerbund und Völkerrecht », IV, 1937, pp. 351-354, trad. it. da ultimo in ID., *Posizioni e concetti: in lotta con Weimar-Ginevra-Versailles. 1923-1939*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 399-404. In merito cfr. oltre a POLICANTE, pp. 172-183, il mio RUSCHI, '*Communis hostis omnium*', cit., pp. 1215-1228, ove bib.

⁽⁷⁶⁾ *Supra* § 1.

violatori di blocco, in quanto privi di una valida autorizzazione, potevano essere classificati come pirati e perseguiti come tali (77).

Alla luce della instabilità del dato positivo conviene accantonare qualsiasi formalizzazione e provare a ricostruire la fattispecie a partire da una prospettiva concreta, 'naturalistica' (78). Così facendo si devia da un indirizzo di pensiero consolidato, non c'è dubbio. Ancora recentemente Heller-Roazen ha scritto che, per lo meno dall'età classica, il pirata ha rappresentato una « creazione dell'autorità pubblica »: addirittura « egli è il suo stesso presupposto, quello contro il quale l'ordine civile deve in vario modo lottare, e in assenza del quale non sarebbe sé stesso » (79). Ora, questo indirizzo costruttivista rischia di essere parziale, di non arrivare alla essenza del fenomeno predatorio, di non essere capace di giustificare la incommensurabile inimicizia che caratterizza la figura del pirata.

Seguendo una linea di pensiero che ha avuto in Schmitt il suo interprete più autorevole, per cogliere la natura della pirateria in prima battuta occorre piuttosto fare riferimento allo spazio fisico in cui la pirateria germina: il mare. In questo senso è necessario intraprendere un percorso a ritroso, un lavoro di scavo dei concetti. Là dove, prima di tutto, bisogna essere disponibili a prescindere dalla razionalità moderna accogliendo quanto ha suggerito Mircea Eliade, ovvero che « le immagini, i simboli, i miti non sono creazioni irresponsabili della psiche », ma al contrario « rispondono a una necessità ed adempiono ad una funzione importante: mettere a nudo le modalità più segrete dell'essere » (80).

(77) Per una ricostruzione della intricata vicenda della repressione dei *privateers* confederati sensibile alla dimensione giuridica cfr. WITT, *Lincoln's Code*, cit., pp. 157-163.

(78) In questa prospettiva, faccio mie le premesse epistemologiche di quella 'svolta spaziale' di cui ha scritto Pietro Costa in P. COSTA, *A 'Spatial Turn' for Legal History? A Tentative Assessment*, in *Spatial and Temporal Dimensions for Legal History. Research Experiences and Itineraries*, M. Meccarelli, M.J. Solla Sastre (eds.), Frankfurt am Main, Max Planck Institute for European Legal History, 2016, pp. 27-62.

(79) Cfr. HELLER-ROAZEN, *Il nemico di tutti*, cit., p. 38.

(80) Cfr. M. ELIADE, *Images et symboles. Essai sur le symbolisme magico-religieux*, Paris, Gallimard, 1952, trad. it. *Immagini e simboli. Saggi sul simbolismo magico-religioso*, Milano, Jaca, 2007, p. 16. Il richiamo è tutt'altro che casuale: Schmitt per oltre un decennio co-direbbe con Eliade la rivista *Antaios*, cfr. in tal senso F. VOLPI, *Il potere degli elementi*, in SCHMITT, *Terra e mare*, cit., p. 116. Sul risalente rapporto tra Eliade e Schmitt si veda C. GROTTANELLI, *Mircea Eliade, Carl Schmitt, René Guénon, 1942*, in « *Revue de l'histoire des religions* », 219 (2002), pp. 325-356, trad. it. in *Interrompere il quotidiano. La costruzione del tempo nell'esperienza religiosa*, a cura di N. Spineto, Milano, Jaca, 2005, pp. 139-171.

Il mare, come i mitografi sapevano bene, era in radicale antagonismo alla terra: questa poteva essere celebrata da Virgilio come *iustissima* in virtù dei frutti che offriva, mentre le distese marine al contrario erano un ambiente irrimediabilmente ostile all'uomo⁽⁸¹⁾. Se la terra era una madre generosa che ripagava le fatiche del lavoro con le sue messi « secondo un'intima proporzione di semina e di raccolto », il mare, invece, era irrequieto e capriccioso là dove l'esito delle fatiche del pescatore dipendeva prevalentemente dal gioco delle correnti⁽⁸²⁾. E che dire dei rischi connessi alla navigazione? Già per Esiodo l'andar per mare era poco meno di una maledizione⁽⁸³⁾. Difficile contestare Schmitt, allora, quando nell'*incipit* di *Land und Meer* scrive che è la concretezza tellurica a marcare l'esperienza umana: « l'uomo è un essere terrestre, un essere che calca la terra. Egli sta, cammina e si muove sulla solida terra. Questa è la sua collocazione e il suolo su cui poggia, e ciò determina il suo punto di vista, le sue impressioni e il suo modo di vedere il mondo »⁽⁸⁴⁾.

Questo dualismo, nella prospettiva schmittiana, ha avuto delle precise ricadute sul piano giuridico e politico: la terra ha consentito l'*occupatio*, ha potuto essere misurata e suddivisa, ha conosciuto il solco del pomerio e il cippo che scandisce il confine tra i fondi. Ed è stato attraverso questa ripartizione che la comunità si è determinata prendendo consapevolezza di sé e definendosi in *ordo*: la terra, in altri termini, in quanto misurabile è stata la matrice del *nomos*⁽⁸⁵⁾. E il

(81) Cfr. PUBLIUS VERGILIUS MARO, *Eclogae*, IV, 39-40. Il passo virgiliano è richiamato in SCHMITT, *Il Nomos della terra*, cit., p. 21.

(82) Si veda SCHMITT, *Il Nomos della terra*, cit., p. 20.

(83) Cfr. HESIODUS, *Erga kai hēmerai*, 618-694, su cui quanto meno cfr. P. JANNI, *Il mare degli antichi*, Bari, Dedalo, 1996, pp. 107-122.

(84) Cfr. SCHMITT, *Terra e mare*, cit., p. 11.

(85) Si tratta di uno snodo decisivo del pensiero schmittiano, là dove il *nomos* è « la struttura risultante dall'unità sintetica dei processi di appropriazione, distribuzione e produzione » e, in quanto tale, rende evidente come per Schmitt il diritto prima di essere regola è « organizzazione, struttura, forma istitutiva della stessa società in cui si svolge e di cui riflette l'unità », cfr. E. CASTRUCCI, *Nomos e guerra. Glosse al 'Nomos della terra' di Carl Schmitt*, Napoli, La scuola di Pitagora, 2011, pp. 20 e 21. In merito cfr. quanto meno anche P.P. PORTINARO, *La crisi dello jus publicum europaeum. Saggio su Carl Schmitt*, Milano, Comunità, 1982, pp. 93-105 e 173-188. A dimostrazione della rilevanza del tema anche per studiosi non necessariamente legati alla tradizione giusfilosofica, ma senza alcuna pretesa di completezza, cfr. oltre ai contributi raccolti nel prezioso *Spatiality, Sovereignty and Carl Schmitt: Geographies of the Nomos*, S. Legg (ed.), London, Routledge, 2011, da ultimo anche E.C. SFERRAZZA PAPA, *L'occupazione dello spazio e la presa di possesso: Carl Schmitt e Immanuel Kant*, in « Filosofia politica », XXXI (2017), 2, pp. 235-252.

mare? « Nel mare » non solo « non è possibile seminare », ma neppure « scavare linee rette »⁽⁸⁶⁾. Le sue distese liquide, lisce, uniformi e allo stesso tempo in perenne movimento da sempre hanno significato assenza di misura⁽⁸⁷⁾. Si tratta di spazi indistinti che nel loro incessante divenire hanno impedito il radicamento spaziale della comunità: se, per dirla con Paolo Grossi, la terra è un fatto normativo, le distese marine non consentendo alcun *nomos* si sono configurate come spazi autenticamente anomici⁽⁸⁸⁾. In un gioco di simmetrie, dunque, alla fecondità della terra ha corrisposto la sterilità del mare, alla capacità ordinante degli spazi tellurici si è contrapposta l'anomia delle distese marine. Si tratta di una dialettica che giunge a lambire l'escatologia, là dove, se la terra è matrice della vita, il mare è fonte di oblio, anticamera dell'aldilà, vettore di catastrofi⁽⁸⁹⁾: a ben vedere il racconto platonico di Atlantide si è limitato a rielaborare ancestrali fobie⁽⁹⁰⁾.

Al tempo stesso, secondo un *topos* risalente, la dimensione talassica non ha avuto soltanto una potente energia respingente, non è stata solamente un ambiente ostile all'uomo, ma ha anche generato una straordinaria forza corruttrice in grado di pervertire coloro che ne hanno avuto una eccessiva consuetudine fino a renderli partecipi della propria radicale alterità. Il carattere eccentrico e refrattario di questo spazio fisico si è riflesso su coloro che ne solcavano i flutti: il mare ha così generato una peculiare antropologia, specularmente antitetica a quella tellurica, là dove tra i naviganti, tra le diverse possibilità di una esistenza marittima — viaggiatori, pescatori, mercanti —, era nel pirata che, come ha scritto Schmitt, l'elemento marino si manifestava in maniera dirompente⁽⁹¹⁾. L'etimo stesso allude ad un 'andare oltre', che si risolve in un oltrepassare i confini, non solo fisici, della *societas humana* e le sue regole: « il termine pirata », si può leggere in *Der Nomos der Erde*, infatti, « deriva dal greco *peiran*, che significa provare,

(86) Cfr. SCHMITT, *Il Nomos della terra*, cit., p. 20.

(87) La persistente validità euristica delle categorie geospaziali adottate da Schmitt trova costanti attestazioni: si veda in chiave filosofico-giuridica quanto meno M.R. FERRARESE, *Il diritto europeo nella globalizzazione: fra terra e mare*, in « Quaderni fiorentini », XXI (2002), pp. 11-38.

(88) Cfr. P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 2006, pp. 74-75.

(89) In merito si veda B. D'AGOSTINO, 'Oinops Pontos'. *Il mare come alterità nella percezione arcaica*, in « Mélanges de l'École française de Rome », CXI (1999), 1, pp. 107-117 ove bib.

(90) Si veda per tutti P. VIDAL-NAQUET, *L'Atlantide. Petite histoire d'un mythe platonicien*, Paris, Les Belles-Lettres, 2005, trad. it. *Atlantide. Breve storia di un mito*, Torino, Einaudi, 2006.

(91) Cfr. SCHMITT, *Terra e mare*, cit., p. 43.

tentare, osare »⁽⁹²⁾. Ed il mare, come ha suggerito Geminello Preterossi soppesando le considerazioni schmittiane, a sua volta non era uno spazio singolarmente vocato alla illimitatezza, « neutrale rispetto ai fini, e aperto alle imprese di rischio »?⁽⁹³⁾ Vale la pena insistere sul fatto che questa pulsione a violare limiti spaziali, non meno che morali, non era giustificata dalla necessità della sopravvivenza, di trovare quel poco che reti e nasse potevano assicurare. Né tanto meno era ispirata a finalità crematistiche, alla volontà di instaurare rapporti di scambio a lungo raggio e garantirsi forti ricavi: sotto questo profilo la pirateria, semmai, si configurava come un parassita che tormentava le rotte mercantili aumentando l'alea della navigazione. L'unica motivazione del razziatore del mare era la preda: l'impresa di rischio si giustificava unicamente alla luce dell'*animus furandi*, della smisurata fame di bottino. Là dove, come si è visto, sul mare da sempre l'identità era un fatto di circostanze.

Ripercorrendo la natura di questa antropologia predatoria vale la pena soffermarsi, ancorché in maniera necessariamente cursoria, su un passaggio davvero risolutivo della filosofia della storia di Schmitt: la scelta per una esistenza marittima resta legata ad una opzione, ad una specifica manifestazione di volontà, ad una decisione per un preciso *Raum*⁽⁹⁴⁾. In questo senso, la presa di distanza da quel determinismo che, da Friedrich Ratzel a Karl Haushofer, ha caratterizzato il pensiero geopolitico tedesco, è netta⁽⁹⁵⁾: nella storia umana non c'è condizionamento che non possa essere superato, non c'è regolarità che non possa essere interrotta. Piuttosto si assiste ad un susseguirsi di sfide, di *Challenges* che esigono specifiche *Responses* per usare il lessico di Arnold Toynbee, vero e proprio monumento della storiografia anglosassone, giustamente ritenuto uno degli interlocutori principali di Schmitt negli anni successivi alla Seconda Guerra Mondiale⁽⁹⁶⁾.

⁽⁹²⁾ Si veda SCHMITT, *Il Nomos della terra*, cit., p. 21.

⁽⁹³⁾ Cfr. G. PRETEROSI, *Carl Schmitt e la tradizione moderna*, Roma-Bari, Laterza, 1996, p. 158.

⁽⁹⁴⁾ Rinvio ancora una volta al mio RUSCHI, *Questioni di spazio*, cit., pp. 239-250.

⁽⁹⁵⁾ Seppure con un orientamento parzialmente differente, sulla geopolitica tedesca, e in una chiave attenta alla dimensione giuridica, risulta difficile prescindere da M. LOSANO, *La geopolitica del Novecento. Dai Grandi Spazi delle dittature alla decolonizzazione*, Milano, Bruno Mondadori, 2011, in particolare pp. 3-74.

⁽⁹⁶⁾ Sulla influenza di Toynbee si veda da ultimo M. LIEVENS, *Carl Schmitt's Concept of History*, in *The Oxford Handbook of Carl Schmitt*, O. Simons, J. Meierhenrich (eds.), Oxford, Oxford University Press, 2017, pp. 401-425. Si tratta di una influenza attestata in maniera esplicita in C. SCHMITT, *Gespräch über den Neuen Raum*, in *Estudios de Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Camillo Barcia Trelles*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 1958, trad. it. *Dialogo sul nuovo spazio*, in Id., *Terra e mare*, Milano, Giuffrè, 1986, pp. 87-109, e in particolare pp.

L'opzione a favore di una esistenza marittima, dunque, è stata l'esito di un calcolo in base al quale il pirata ha finito per barattare la propria umanità in cambio di ricchezze, di oro e di schiavi. Sotto questo profilo, una lettura del fenomeno che tenga conto della proposta di Schmitt consente di cogliere con straordinaria chiarezza il nesso tra spazio e disvalore della condotta piratesca: se la *societas humana* era concretamente radicata nella dimensione tellurica e se la terra era matrice dell'ordine sociale, il pirata avendo optato per il mare ed essendosi così posto al di fuori del consorzio civile, finiva per negare la sua stessa umanità.

Dal mito alla razionalità moderna il passo è tutt'altro che decisivo. A partire dalla *planetarische Raumrevolution* inaugurata dalle esplorazioni colombiane il mare è stato progressivamente attratto nella sfera della sovranità statale. Attraverso un processo di distillazione operato dai giuristi, scandito dalle improvvise accelerazioni impresse dalle cancellerie, le distese marine sono state razionalizzate e, dunque, disciplinate. Questa *Seenahme* — un percorso tutt'altro che lineare che indicativamente si può collocare tra l'emanazione delle bolle alessandrine e la stipula del Trattato di Utrecht —, per continuare ad utilizzare il lessico di Schmitt, ha però avuto esiti del tutto differenti rispetto alle occupazioni di terra che hanno scandito la storia del diritto internazionale. Lo *jus publicum Europaeum* a fronte della irriducibile alterità del mare aperto, a fronte della impossibilità di una effettiva 'chiusura', ha optato per la sua piena libertà, ovvero per l'assoluta estraneità delle distese marittime alla sovranità degli Stati. Anzi, proprio questo discrimine tra uno spazio 'pieno' ed uno 'vuoto', se si adotta la *lectio schmittiana*, è risultato decisivo: « la separazione tra terraferma e mare libero è la caratteristica specifica fondamentale dello *jus publicum Europaeum* »⁽⁹⁷⁾.

104-107, nonché ID., *Die geschichtliche Struktur des heutigen Welt-Gegensatzes von Ost und West*, in *Freundschaftliche Begegnungen. Festschrift für Ernst Jünger zum 60. Geburtstag*, A. Mohler (Hrsg.), Frankfurt am Main, Klostermann, 1955, trad. it. *La contrapposizione planetaria tra Oriente e Occidente e la sua struttura storica*, in E. JÜNGER, C. SCHMITT, *Il nodo di Gordio. Dialogo su Oriente e Occidente nella storia del mondo*, Bologna, il Mulino, 1987, pp. 135-167 e in particolare pp. 150-153.

⁽⁹⁷⁾ Cfr. SCHMITT, *Il Nomos della terra*, cit., p. 223. Là dove, precisa Schmitt, il regime giuridico, inevitabilmente, finiva per avvantaggiare l'Inghilterra, ovvero il competitore meglio attrezzato: su quello che è un vero e proprio *tòpos* della sua filosofia del diritto internazionale cfr. quanto meno SCHMITT, *Terra e mare*, cit., pp. 88-102 e ID., *Il Nomos della terra*, cit., pp. 207-224, ma anche in una prospettiva più schiettamente filosofico-politico ID., *Der Leviatban in der Staatslehre des Thomas Hobbes: Sinn und Fehlschlag eines politischen Symbols*, Hamburg, Hanseatische Verlagsanstalt, 1938, trad. it. *Il Leviatano nella dottrina dello Stato di Thomas Hobbes. Senso e fallimento di un*

Continuando a seguire la mappa concettuale disegnata da Schmitt, occorre piuttosto rilevare come il modo in cui gli spazi oceanici sono stati qualificati ha confermato il carattere eccezionale del pirata: nel momento in cui il mare è stato sottratto a qualsiasi sovranità ed è stato ritenuto *res communis omnium*, allorché si è aperto alla libera navigazione, ai traffici di qualsiasi bandiera, ancora una volta il pirata ha finito per collocarsi in una posizione di estremo ed irriducibile antagonismo. Da parassita delle rotte, questa figura ha rappresentato una intollerabile distorsione nel flusso degli scambi commerciali e delle relazioni mercantili che occorreva annullare in maniera decisa. Il conflitto era d'altra parte insanabile: alla *Freedom of the Seas* che ispirava le politiche delle potenze europee impegnate a gettare le basi dei propri imperi coloniali si opponeva una nozione elementare di libertà che, in quanto tale, era tanto radicata quanto irriducibile: se allora il mare era a disposizione della umanità intera, colui che attentava a tale ricchezza comune non poteva che essere qualificato come *communis hostis omnium*. Ancora una volta il pirata era proiezione di uno spazio 'altro', quale per millenni è stato il mare. Là dove la sua esistenza ispirata alla predazione ha manifestato una ostilità irriducibile proprio perché primigenia che, in quanto tale, è stata capace di contenere molteplici manifestazioni di ostilità — il criminale, il nemico politico, quello religioso — sublimandole nella inimicizia assoluta ⁽⁹⁸⁾.

simbolo politico, in Id., *Sul Leviatano*, Bologna, il Mulino, 2011, pp. 35-128 e in particolare pp. 119-128. Per un inquadramento generale della proposta schmittiana cfr. RUSCHI, *Leviathan e Bebeoth*, cit., pp. 417-442.

⁽⁹⁸⁾ Sul valore paradigmatico e 'totalizzante' della figura del pirata si veda anche HELLER-ROAZEN, *Il nemico di tutti*, cit., pp. 169-172. In questa prospettiva il pirata, come già ricordato da Luigi Ferrajoli, va ad affiancare il terrorista, cfr. L. FERRAJOLI, 'Il diritto penale del nemico' e la dissoluzione del diritto penale, in « *Questione Giustizia* », IV (2006), pp. 797-812. In merito puntuali osservazioni anche in POLICANTE, pp. 194-212. Invero nel quadro dei *Security Studies* si propone anche una sostanziale sovrapposizione tra le due figure: cfr. per tutti D. PUCHALA, *Of Pirates and Terrorists: What Experience and History Teach*, in « *Contemporary Security Policy* », XXVI (2005), 1, pp. 1-24 e G. ONG-WEBB, *Piracy in Maritime Asia: Current Trends*, in *Violence at Sea: Piracy in the Age of Global Terrorism*, Peter Lehr (ed.), London, Routledge, 2006, pp. 37-95. Si tratta di un indirizzo di pensiero che si è radicato anche nell'ambito della dottrina giusinternazionalistica, cfr. ad esempio F. MUNARI, *La 'nuova' pirateria e il diritto internazionale. Spunti per una riflessione*, in « *Rivista di Diritto internazionale* », XCII (2009), 2, pp. 325-362, e storico-giuridica, cfr. D. BURGESS, *The World for Ransom: Piracy is Terrorism, Terrorism is Piracy*, Amherst (NY), Prometheus, 2010. Meno evidente, forse, il fatto che il pirata per molti versi ha piuttosto rappresentato l'archetipo del terrorista, là dove proprio questa continuità ha consentito la mobilitazione di strumenti eccezionali e l'adozione di logiche emergenziali.

Abstracts

PAOLO GROSSI, *On interpretation as invention (the postmodern rediscovery of the inventive role of interpretation)*

In postmodern legal times and into the spiral of legal pluralism, the axis of the legal order has shifted and keeps on shifting from norm to interpretation. Interpretation, therefore, rediscovers its character of research (invention) of law into the deep roots of values of a civilization.

CARLOS PETIT, *Republic limited. Mercantile metaphors and political practices (16th-20th centuries)*

An introductory study on the use of commercial metaphors in political thought, namely the partnership or the corporation as the State or Society. With special emphasis in Continental and Spanish sources, from the 16th century to modernity.

FEDERIGO BAMBI, *Towards a compendium of good legal writing*

A *compendium* for a good legal writing could be useful to jurists to eliminate linguistic obstacles and help them in being synthetic and concise, ductile and flexible, and so deontologically loyal, namely engaged in the endeavour to make their writing effective and comprehensible by all of its possible addressees, both direct and indirect. However, it should always be kept in mind that writing is an essential form of manifestation of personality, original and creative, which cannot be limited by too strict and stereotyped rules.

PIO CARONI, *What if even the code were a message?*

This essay completes the studies on history of law codification (and codes) which the Author inaugurated half century ago. Whereas until now he dedicated great (maybe too much) space to historical elaboration of concepts and notions, here he leaves them almost completely aside. He rather considers the concrete destiny faced by codes when, once become law, they entered into and tried to regulate that society to whom they were destined. Therefore, the Author sees in the code a *message*, whose value-meaning is not decided in advance by legislator, but is gradually found out by the addressees, that is by society in this case, or, better to say (and the clarification is not superfluous) by those who dominated society, namely by those who could impose their legal, social, economic and political choices, and could fit the abstract code to their own personal expectations. Whereas until now the research was somehow fascinated by the history of elaboration/formation of the code, this different approach shifts focus on the after-codification, i.e. tries to describe both which reality the code stumbles across once it has reached its destination, and what concretely stems from this encounter/collision. This is not to discredit what has been investigated so far, but to discover (and describe) its entire trajectory thanks to a *binary* perspective, that is respectful of the perspective of both the sender and the addressee. Those who investigate the past with this approach, are not interested any more in researches focused exclusively on the text sanctioned by the code, which seem virtual, fictitious, fragmentary, like tracks that suddenly disappear into the sand. But, on the other hand, by relying on his binary perspective, the Author can maybe plough some uncultivated fields, such as, for instance, differently explain the relationship between regular and irregular codes, reflect without preconceptions on the notion of transposition/transplant, and, finally, recognize that — despite the prevailing opinion — every code inevitably modifies, a lot or a little, the legal framework.

MARCO SABBIONETI, «*Like a ball between two expert tennis players*».
Freedom of the sea and neutral commerce between case law and international relations (1756-1812)

The goal of this paper is to sketch out the historical development of two main concepts of international law, such as free trade/protection of neutral commerce and freedom of the sea. In this perspective,

particular attention will be paid to the historical development of admiralty law between 1756 and 1812, mainly through a study of some leading legal cases dealing with these topics and with the discipline of prize law. This kind of historical approach provides the researcher with the possibility of achieving a vivid reconstruction of the evolving international relationships between UK and the other existing maritime Powers, both in the European Continent and on the other side of the Ocean.

AGUSTÍN E. CASAGRANDE, *The Concept of Estado de Derecho in the History of Argentinean Constitutionalism (1860-2015)*

The concept of the *Estado de Derecho* plays a central role in Argentinean process of political and legal legitimization. Its inflationary use defies the capacity of any given concrete conceptualization, as the dogmatic definitions sought to accomplish. By means of a historical-conceptual analysis, this essay seeks to reconstruct the formation of this concept within constitutional language from its critical reception in the 1930s, its formalization in the 1960s, and its progressive expansion from the 1980s onwards. Because of its role as a constitutional leitmotif, this analysis allows us to observe the relationship between law and politics, the different uses of the concept by jurists over the years, and, as a consequence of these applications, the resulting formation of different layers of meaning that shape its particular semantics within the context of Argentinean public law.

GABRIELE BASSI, *Law as an instrument of colonial policy in Italian Libya (1911-1943)*

A look at the main legal regulations issued for Libya and the general approach of Italian case-law against what came to be called 'indigenous law' can effectively contribute to painting a picture of the Libyan subject that Italy had during the period of occupation of the Mediterranean colony and the role played by law in its control and management. Italians landed on the two Ottoman *vilayets* having poor and superficial knowledge of the population that they would have found there, as well as of their traditions and legal culture. Even before occupying Tripoli, it became clear to legislators that the Italian legal order could not be applied to the new subjects and something specific and appropriate to the colonised population needed to be developed.

With a legal approach of this kind, the legal framework within which colonizers could act freely in the colony would have been created by establishing, over time, a set of laws that would in fact protect Italian political action and colonialism at the expense of Libyans' rights. A need was felt to create rules apt to safeguard a situation that placed the coloniser and the colonised on different and separate levels. Since the latter were considered the object of colonisation, the goal was to consider them as objects of law and not subjects of law, as envisioned in modern law. Due to their different level of civilisation, Libyans were therefore deprived of many rights and the newly created sets of rules were 'exceptions' compared with those of the motherland.

BARTOLOMÉ CLAVERO, *Law under siege, 1936-1939: The Spanish Republic and the League of Nations in the European scenario between constitutionalism and dictatorship*

This essay bears as its inspiring topic the Spanish Republic's failed attempt in obtaining support from the League of Nations against the aggression of Fascism and Nazism that backed the military coup led by General Franco in 1936. The Spanish Republic claimed before the aforementioned international organization the distinctively internationalist quality of its Constitution without achieving any success whatsoever. Furthermore, a so-called Non-Intervention Committee led by the United Kingdom usurped the League of Nations' powers with the hidden purpose of evading commitment to international law. Humanitarian concerns were also a means of evasion from binding treaties such as the League of Nations Covenant itself. The mainstream internationalist legal doctrine construed all of this, and still largely does so, as a good practice of humanitarian law so to limit the spread of wars. In order to locate and understand such a succession of failures and delusions, the essay extends its horizon towards the revision, both historical and historiographical, of the troubled trajectory of the League of Nations in particular and of the international order in general during the 1930s. The Spanish Civil War was a European war on Iberian soil in the face of which international law failed outright. This essay ultimately deals with the legal aspects of those events so to put the Spanish Republic's constitutional experience along with its internationalist stance into a place in history that it has largely lost in both domestic and foreign historiography.

PAOLO GROSSI, *Gustavo Bonelli: A protagonist of Italian legal thought between Nineteenth and Twentieth centuries*

Gustavo Bonelli (1853-1926), who carried out the legal profession at the Bank of Italy for his whole working life, and who was, at the same time, one of the main contributors to the architecture of the Italian commercial law, has been the demonstration that, even within a mainly practice-oriented context, a sophisticated legal reasoning can be elaborated and developed.

PAOLO GROSSI, *On the post-modern legal experience (remarks on the notary's present role)*

These days, in Italy, notary's role intends to be a fertile contribution to the development of the legal order, and is completely integrated into the rediscovered pluralism of legal sources characterizing the current post-modern law even in civil law countries.

GIOVANNI ROSSI, « *Ultimo supplitio puniri* »: *The condemnation of the homicidal wife in a consilium of Bartolomeo Cipolla*

This essay aims to analyse the *cons.* V from Bartolomeo Cipolla's collection of *consilia criminalia*, concerning the case of a wife's poisoning of her husband, acting in complicity with her lover. The doubts *de iure* about the case arise from the fact that during the trial the defence provides proof that the husband had been banished from the town years earlier, guilty of committing murder. The Statutes of Salò, like almost all municipal statutes, allowed outlaws to be offended with impunity, so the jurist must resolve two doubts: whether the state law should extend to the hypothesis of the outlaw being killed and if so, whether the wife should go unpunished if she kills her husband. Firstly, Cipolla considers the interpretation of the charter and allows the rule to be extended to the killing of the banished person. Then he finds that natural law is in contrast with positive law and declares that the rules of natural law prevail over those of the statutes and forbid the killing of a family member, including the spouse. Therefore, the woman (and her accomplice) cannot benefit from the statute law on banishment and must be punished with death, in analogy with the crime of patricide.

GIANLUCA RUSSO, « *Hic enim liber terribilis est* ». *Hegemonic traits of criminal law in the Florentine Statutes of the early Fifteenth Century*

In the years between 1409-1415, the Republic of Florence publishes its Statutes. In the same years, with the Albizzi's family at the government, Florence is expanding its boundaries, subjugating a lot of cities and communities all over the Tuscan region, laying the foundation for a Territorial Dominion. By studying some statutory regulations about political crimes, our paper aims to examine the mutual interactions between the hegemonic development of criminal law and justice, and the construction of the Florentine Territorial State. In particular, it aims to investigate an hypothetical parallelism between the development of « *maiestas* » and the connected « *crimen laesae maiestatis* », and the definition of Florence as centre of power.

FRANCESCO BONO, *The British Constitution in Edward Gibbon's thought. The distance dialogue with William Blackstone*

In 1765, Gibbon wrote « a copious, rational abstract » of the first book of Blackstone's *Commentaries*, which laid out the British constitution in the mid-eighteenth century. This paper aims to demonstrate that Blackstone's commentaries have a great influence on Gibbon's political thought. Scholars have traditionally pointed out his debt with the European Enlightenment, however, if we look to his work more closely, we can appreciate how Blackstone's systematic essay was used by the historian in his work. When he analysed the various aspects of the decline of the Roman empire, he had in mind the idea of the mixed constitution of his country, and the progressive deviation of Roman empire from this standard can easily explain the loss of liberty suffered by citizens.

RICARDO SONTAG, *History of an « extra-constitutional situation »: Banishment between law and politics in Brazil (1824-1934)*

A republican regime was established in Brazil in November 1889 and one of its first acts was the banishment of the imperial family on the 21st of December 1889 (Decree n. 78-A). This research aims to understand the type of banishment of this decree within the history of

Brazilian legal culture. The main sources for this analysis are, on the one hand, the juridical comments on the criminal codes (1830 and 1890) and on the constitutions of the period (1824, in the monarchical epoch; 1891, in the republican epoch), and, on the other hand, the juridical and judicial debate on the banishment of the imperial family. A few jurists of the monarchical epoch demanded such a punishment for crimes established within specific offenses regulated in the 1830 Criminal Code (there were only some divergences on political crimes); a code that described the banishment within the general provisions but did not establish such a punishment for any crime. The 1891 republican Constitution abolished judicial banishment, which increased the debate regarding the difference between judicial and political banishment. This issue was very important in the two *habeas corpus* related to the Decree n. 78-A of 1889: in this context, the banishment of the imperial family was qualified as an «extra-constitutional situation». In this sense, banishment is a very interesting issue to understand the relationships between law and politics, particularly the different levels of exploitation of law in modernity.

GUIDO BONINO-GIOVANNI DAMELE, *Theoretical divergences and parallel lives. Gustav Bergmann, Hans Kelsen and the pure theory of law*

Between 1945 and 1947, the Austrian-American ontologist Gustav Bergmann published on «Ethics» (alone and together with Lewis Zerby) two book reviews and an article, providing an early analysis — in the American philosophical context — of Hans Kelsen's pure theory of law. From an ontologically realist viewpoint, Gustav Bergmann criticizes the confusion between ontology and epistemology, derived from Kantian metaphysics and, consequently, the ambiguous use, in Kelsen's theory, of a «formalist» approach. The paper aims to contribute to the history of Kelsen's reception in the United States and to present Bergmann's criticisms both from a philosophical and a biographical viewpoint. At the same time, it aims to assess Bergmann's criticism vis-à-vis possible periodizations of the development of Kelsen's legal theory.

Ragguagli fiorentini

ATTIVITÀ DEL CENTRO DI STUDI PER LA STORIA
DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO
NELL'ANNO ACCADEMICO 2016-2017

Sono stati graditi ospiti del Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno per periodi di studio e di ricerca Maris Aleksandroae dell'Università di Riga — programma Erasmus + trainer-ship (febbraio 2017); lo studente Guilherme Bedin (ottobre-dicembre 2017) proveniente dall'Università Federale di Santa Catarina — Florianópolis Brasile (nel quadro dell'accordo di cooperazione che vede coinvolti i due Atenei e il Centro, cooperazione che attualmente si sta concretando anche con riferimento alla conclusione di un dottorato con borsa presso la Scuola di Dottorato fiorentina da parte del dott. Airtón Ribeiro). Inoltre ha trascorso presso il Centro un periodo di studio, dedicato a una ricerca su « Secolarizzazione e ordine giuridico », la Professoressa Carmen Servan dell'Università di Siviglia (novembre/dicembre 2017).

È stato pubblicato il volume XLVI (2017) dei « Quaderni fiorentini », numero monografico dedicato al tema *Giuristi e Stato sociale*. Si è trattato di un progetto di ampio respiro che emerge in tutta evidenza nel saggio di Pietro Costa, *Lo Stato sociale come problema storiografico*. Come sottolinea Giovanni Cazzetta in una densa pagina introduttiva, il tema 'Stato sociale' è ormai da decenni coniugato in riferimento ad una sua, più o meno irreversibile, crisi. Un declino, quello in particolare del modello europeo di *welfare*, che si ricollegherebbe a svariatissimi fattori: fine della guerra fredda, ascesa di un pensiero neoliberale che potrebbe trovare nel diritto comunitario una qualche sponda, perdita di centralità politica dello Stato nazionale, dal quale i diritti sociali troppo sarebbero dipesi, una delle peggiori recessioni economiche degli ultimi due secoli, gestita con politiche di austerità che fanno pensare per analogia alla deflazione generatasi negli anni '20 nella Repubblica di Weimar, etc.). Per dirla con Michael Stolleis (*The European Welfare State - a Model Under Threat*), se è vero che lo sguardo di lungo periodo mostra che non si può dare una storia unitaria dello Stato sociale, legata a « una sicura linea di demarcazione fra 'un prima' e 'un dopo', fra preistoria e storia dello Stato sociale », resta altresì vero che su di esso sembrano allungarsi le ombre di una « minaccia », di una messa in discussione (definitiva?) di quel « processo di 'pubblicizzazione' e

‘esternalizzazione’ dei rischi » (da una dimensione privata, individuale, familiare, associativa, a una dimensione pubblica, politica: si veda in particolare Bernardo Sordi, *Dall’attività sociale ai pubblici servizi: alle radici ottocentesche dello Stato sociale*) volto a comporre un ‘modello europeo’. Ma è un modello europeo profondamente differenziato — basterebbe, per esempio, mettere a confronto i tre saggi spagnoli, dal 1883 al 1931, sulla Seconda Repubblica e poi sino a giungere alla contemporaneità, di Joaquín Varela Suanzes-Carpegna, Clara Álvarez Alonso, e Sebastián Martín, con quello di Sandro Guerrieri (sulla genesi dello Stato sociale in Francia dalla Liberazione alla Costituzione del 1946) o con l’acuto intervento di Eberhard Eichenhofer su giuristi e Stato sociale nella Repubblica di Weimar, per non parlare di chi espressamente tematizza il problema, come ben fa Federico Caporale (analizzando la nozione di servizio pubblico in Francia e nel Regno Unito) per apprezzarne le varianti — e il senso della ricerca avviata nel volume. È ancora Giovanni Cazzetta che opportunamente sottolinea che non si tratta di « fissare modelli di relazione astratta tra diritto/diritti e Stato sociale, né proporre un repertorio di *exempla* da cui trarre episodi utili a dimostrare tesi funzionali alle dispute sul presente ». Ma anche il presente è storia. Ed anche al presente si arriva per via storica. Così sono di grande interesse le ricostruzioni dedicate a fare i conti con le istituzioni ‘totalitarie’ delle politiche sociali immediatamente precedenti ad una Costituzione che si pone contro il fascismo, ma che non può non confrontarsi con lo ‘Stato sociale fascista’, con quella che viene definita « l’estensione totalitaria » degli interventi sociali (Irene Stolzi, *Politica sociale e regime fascista*). Analisi che vanno lette insieme a quelle che toccano, con notazioni di rilievo, e qualche sorpresa, forse, nelle valutazioni, i lavori dell’Assemblea Costituente, le analisi della costituzionalistica della prima età repubblicana e il dibattito sulla sicurezza sociale nel secondo dopoguerra (temi considerati nei saggi di Lorenzo Gaeta, Massimiliano Gregorio e Ilaria Pavan). Grande attenzione è poi dedicata all’esperienza statunitense (nei saggi di Blake Emerson, Alessandro Somma e Raffaele Volante); né mancano contributi ad una prospettiva che meriterà certamente di essere ripresa anche sistematicamente, ovvero alla riproposizione di analisi di singoli pensatori che rappresentano snodi cruciali nella tormentata vicenda (vogliamo riferirci ai saggi di Sandro Chignola su Lorenz von Stein, di Riccardo Cavallo sull’*Auseinandersetzung* fra Hans Kelsen e Max Adler sullo Stato sociale). Quasi infine il piacere della lettura ci porta sulle soglie della nostra specifica attualità, senza perdita alcuna però della distanza necessaria a una compiuta disamina scientifica: e vogliamo alludere agli interventi di Stefano Giubboni, *Stato sociale e integrazione europea*, e di Thomas Casadei riguardo al dibattito di lunga durata sul ‘reddito di cittadinanza’.

Quasi infine, dicevamo. Perché infine bisognerà dedicare un doppio spazio a chi questo importante progetto ha contribuito a ideare

e realizzare, apportandovi una riflessione per più aspetti suggestiva, che termina con un richiamo, con qualche probabilità da non giudicare meramente un 'ossimoro', a un welfare 'senza legge', che potrebbe essere un po' l'emblema del nostro problematico (e 'minacciato') presente (Giovanni Cazzetta, *Dalla legislazione operaia ai dilemmi del welfare 'senza legge'*). Ma che l'ha poi anche arricchita, in questo dando la parola a un protagonista indiscusso della stagione del secondo dopoguerra, e dunque ad 'un singolo (e quale!) pensatore', di una intervista che rappresenta un degno coronamento del volume, anche se sembra appartarsi nella rubrica Testimonianze; ed è giusto che l'ultimo riferimento sia alla sua voce ancora ben forte: Umberto Romagnoli, « *Ragionevoli utopie* ». *Cultura giuridica del lavoro e cittadinanza sociale* (intervista di Giovanni Cazzetta).

Nella 'Biblioteca' del Centro sono stati pubblicati nel 2017 due volumi, collegati a diverso titolo alle linee di ricerca individuate dal Centro, ovvero il volume 114 Alberto Spinosa, "*Civili in diversissimo modo*". *Modello napoleonico e culture giuridiche nazionali nell'Italia dell'Ottocento*; e il volume 115 Raffaele Volante, *La sostituzione degli effetti negoziali nel diritto comune classico*.

Inoltre il Centro di studi — che, come si ricorderà, aveva organizzato con l'Accademia della Crusca e con la Scuola superiore della magistratura il Convegno « *Lingua e processo. Le parole del diritto di fronte al giudice* » nel 2014 — ha contribuito alla stampa del volume degli atti, uscito per i tipi dell'Accademia della Crusca: *Lingua e processo. Le parole del diritto di fronte al giudice*, a cura di Federico Bambi, Firenze, 2016. Il libro si occupa della lingua giuridica che si manifesta nel processo, il luogo dove si accertano i diritti che è anche un banco di prova della lingua e della sua capacità comunicativa perché è il palcoscenico dove s'incontrano protagonisti diversi. C'è la legge e ci sono i giudici, ma il risultato non s'otterrebbe senza il contributo degli altri attori: gli avvocati, i cancellieri, i consulenti, i poliziotti, i carabinieri, e — soprattutto — le parti private. Ognuno con le sue caratteristiche specifiche di persona, di ruolo e di lingua. E dal confronto tra i suoi diversi aspetti (in campo penale, civile, amministrativo, costituzionale) allora forse il processo più che un crogiuolo è apparso una fucina: un luogo dove si fonde, ma anche — senza confondere — talvolta si crea un lessico nuovo. Il rischio per la lingua giuridica che emerge anche dalla cartina di tornasole del processo è che aumentino i momenti di incomunicabilità: non solo tra i giuristi e i cittadini comuni con evidente pregiudizio alla fine pure per la democrazia, ma anche tra gli stessi cultori del diritto che spesso, tutti presi all'interno dei loro specialismi, non si capiscono più, per paradosso neppure tra loro. Una maggiore consapevolezza linguistica dovrà contribuire a restituire a tutti i giuristi una base culturale comune, che sia di cultura alta e non meramente tecnica, per tornare a comprendersi, e farsi comprendere di più dai cittadini.

Nel quadro della collaborazione avviata con il Dipartimento di scienze giuridiche e con il Dottorato di ricerca ad esso afferente, il Consiglio scientifico del Centro ha finanziato una borsa di studio, di durata triennale, nell'ambito del Corso di Dottorato in « Scienze Giuridiche », ciclo XXXIII. La borsa si aggiunge a quelle annualmente stanziare dall'Ateneo e viene così a rafforzare, nel quadro delle finalità previste per il Centro medesimo, il potenziale di ricerca del Dottorato anche nel campo del dialogo interdisciplinare tra storici del diritto e giuristi positivi. È stato rinnovato l'assegno cofinanziato relativo al programma di ricerca « Autogoverno, populismo e tecnocrazia nell'esperienza costituzionale europea in età contemporanea » ed è stato altresì bandita una procedura per il conferimento di una borsa di ricerca legata al progetto « Storiografia giuridica e strumenti finanziari » (finanziato della Fondazione CR Firenze).

Con riferimento ai seminari e alle lezioni organizzati con il patrocinio del Centro, ricordiamo quella tenuta il 30 maggio 2017 dal prof. Jean Bernard Auby (Università SciencesPo di Parigi) sul tema « The transformation of the Administrative State and Administrative law ».

Occorre inoltre ricordare l'avvio di un'importante collaborazione tra il Centro di studi e la Scuola superiore della Magistratura presso la sede nazionale di Castelpulci (Scandicci-Firenze). Si è tenuto (11-13 luglio 2017) un incontro di formazione in collaborazione con il Centro di studi, e con la partecipazione dell'Ateneo Fiorentino che ha ospitato la prima giornata nell'Aula Magna di san Marco rivolto ai magistrati, ed avente ad oggetto *L'evoluzione e attualità del sistema delle fonti del diritto*. Il Corso — che è stato chiuso dall'intervento del Presidente della Corte Costituzionale e fondatore del Centro di Studi, Paolo Grossi — ha visto tra i relatori Gaetano Silvestri, Paolo Cappellini, Giovanni Chiodi, Lara Trucco, Giuseppe Martinico, Daniele Chinni, Simone Pajno, Marco Bignami, Raffaele Gargiulo, Concetta Locurto, Andrea Natale, Guido Alpa, Massimo Luciani.

Nell'ambito della rete NETCOR (International Network for the Analysis of Corporatism and Organized Interests) cui il Centro ha aderito dal 2015 è stato programmato, per impulso di Irene Stolzi artefice della progettazione, un Convegno sul tema « Sindacati e diritto del lavoro tra dittature e democrazie nell'Europa latina e mediterranea del XX secolo ». L'incontro si è tenuto il 23 e 24 novembre 2017 presso la sede del Centro a Villa Ruspoli con il patrocinio della Fondazione per la Formazione Forense e del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Firenze. Tra i relatori Irene Stolzi, Rosangela Lodigiani, Aldo Carera, Carlos Herrera, José Joao Abrantes, Jean Pierre Le Crom, Sebastián Martín, Paula Borges Santos, Antonio Pedro Baylos, Marco Zaganella. Alla tavola rotonda finale hanno partecipato Maurizio Fioravanti, Riccardo Del Punta, Umberto Romagnoli, Lorenzo Gaeta, Raffaele De Luca Tamajo.

Questo incontro si integra assai bene con il filone principale della ricerca del Centro per l'anno 2016/2017, ovvero, per il tramite dei temi relativi a 'Giuristi e Stato sociale', da un lato, e 'Sindacati e diritto del lavoro', dall'altro, il ribadire una scelta, che, fin dalle origini, è stata costitutiva del progetto del Centro: per dirla con le parole del suo fondatore, Paolo Grossi, instaurare un dialogo non con i giuristi, ma tra giuristi. Ai quali lo storico del diritto a pieno titolo appartiene. Con reciproco arricchimento, come anche le giornate in collaborazione con la scuola della Magistratura hanno mostrato.

PAOLO CAPPELLINI
Direttore del Centro di studi

Indice

GIOVANNI CAZZETTA, <i>Pagina introduttiva</i>	1
PAOLO GROSSI, <i>Per Stefano Rodotà</i>	3

MODELLI E DIMENSIONI

PAOLO GROSSI, <i>Della interpretazione come invenzione (La riscoperta pos-moderna del ruolo inventivo della interpretazione)</i>	9
CARLOS PETIT, <i>República por acciones. Metáforas mercantiles y prácticas políticas (siglos XVI-XX)</i>	21
FEDERIGO BAMBI, <i>Per un breviario di buona scrittura giuridica</i>	43

LA DIMENSIONE GIURIDICA

PIO CARONI, <i>E se anche il codice fosse un messaggio?</i>	57
MARCO SABBIONETTI, « <i>Like a ball between two expert tennis players</i> ». <i>Libertà del mare e commercio neutrale tra giurisprudenza e relazioni internazionali (1756-1812)</i>	111
AGUSTÍN E. CASAGRANDE, <i>The Concept of Estado de Derecho in the History of Argentinean Constitutionalism (1860-2015)</i>	169
GABRIELE BASSI, <i>Il diritto come strumento di politica coloniale nella Libia italiana (1911-1943)</i>	207
BARTOLOMÉ CLAVERO, <i>Derecho bajo asedio, 1936-1939: República Española y Sociedad de Naciones en el escenario europeo entre constitucionalismo y dictadura</i>	257
PAOLO GROSSI, <i>Gustavo Bonelli: un protagonista del pensiero giuridico italiano fra Otto/Novecento</i>	317
PAOLO GROSSI, <i>Sull'esperienza giuridica pos-moderna (riflessioni sull'odierno ruolo del notaio)</i>	329

FIGURE DELL'ESPERIENZA

GIOVANNI ROSSI, « <i>Ultimo suplitio puniri</i> »: <i>la condanna della moglie omicida in un consilium di Bartolomeo Cipolla</i>	345
GIANLUCA RUSSO, « <i>Hic enim liber terribilis est</i> ». <i>Profili egemonici del penale negli statuti fiorentini del primo Quattrocento</i>	391
FRANCESCO BONO, <i>La British constitution nel pensiero di Edward Gibbon. Il dialogo a distanza con William Blackstone</i>	437

RICARDO SONTAG, <i>História de uma « situação extra-constitucional »: o banimento entre direito e política no Brasil (1824-1934)</i>	469
GUIDO BONINO-GIOVANNI DAMELE, <i>Divergenze teoriche e vite parallele. Gustav Bergmann, Hans Kelsen e la teoria pura del diritto</i>	507

TESTIMONIANZE

GUSTAVO ZAGREBELSKY, <i>Alla fine del mandato di giudice costituzionale di Paolo Grossi e al suo ritorno agli studi universitari</i>	543
--	-----

LETTURE

PIERO AIMO, <i>Comuni e Province: Ottocento e Novecento. Storie di istituzioni</i> , Pavia, 2017 (Luca Mannori)	557
WOLFGANG ERNST, <i>Rechtserkenntnis durch Richtermehrheiten: „group choice“ in europäischen Justiztraditionen</i> , Tübingen, 2016 (Richard Hyland)	560
GIOVANNI FIANDACA, <i>Prima lezione di diritto penale</i> , Bari-Roma, 2017 (Marco Nicola Miletta)	571
OLIVIER JOUANJAN, <i>Justifier l'injustifiable. L'ordre du discours juridique nazi</i> , Paris, 2017 (Riccardo Cavallo)	579
GIACOMO PACE GRAVINA, <i>Il Codice e la sciabola. La giustizia militare nella Sicilia dei Borbone tra repressione del dissenso politico ed emergenza penale (1819-1860)</i> , Acireale-Roma, 2015 (Francesco Migliorino)	589
STEFANO SOLIMANO, <i>Amori in causa. Strategie matrimoniali nel Regno d'Italia napoleonico (1806-1814)</i> , Torino, 2017 (Giovanni Cazzetta)	600
MARIA SOLE TESTUZZA, <i>“Ius corporis, quasi ius de corpore disponendi”. Il Tractatus de potestate in se ipsum di Baltasar Gómez de Amescúa</i> , Milano, 2016 (Carlos Petit)	605
SEGNALAZIONI	611

A PROPOSITO DI..

EMANUELE CASTRUCI, <i>Die rechtstheoretischen Anfänge des Dezisionismus. Rechtsverwirklichung und Entscheidungsrichtigkeit durch die Praxis in Carl Schmitts Gesetz und Urteil (1912)</i>	619
FABIO CIARAMELLI, <i>L'incontro di psicoanalisi e diritto nella prima recezione italiana del pensiero di Freud. (A proposito di F. Migliorino, Edoardo Weiss e “La giustizia penale”. Zone di contagio tra psicoanalisi e diritto, Acireale-Roma, 2016)</i>	639
BARTOLOMÉ CLAVERO, <i>¿Es que no hubo genocidio en las Américas? (A propósito de la historiografía sobre settler genocide, comparativamente)</i>	647
PAOLO CORONA, <i>Un nodo che si stringe. Considerazioni sul progetto savignyano nella riflessione giuridica del Vormärz. (A proposito di poesia e diritto nel primo Ottocento tedesco, tra modelli e paradigmi)</i>	689

RICARDO MARCELO FONSECA, <i>A delicada costura de um legado analítico — do Antigo Regime à era do Constitucionalismo</i> . (Sobre alguns escritos recentes de António Manuel Hespanha)	721
MARCO RIZZUTI, <i>Abuso del diritto, non-uso ed estinzione della proprietà</i> . (A proposito di A. Quarta, <i>Non-proprietà. Teoria e prassi dell'accesso ai beni</i> , Napoli, 2016).	729
FILIPPO RUSCHI, <i>Spazi anomici e nemici assoluti. Un itinerario di filosofia del diritto internazionale</i> . (A proposito di P. Linebaugh, M. Rediker, <i>I ribelli dell'Atlantico</i> , Milano, 2018; A. Policante, <i>The Pirate Myth</i> , London, 2015).	745
ABSTRACTS	775
RAGGUAGLI FIORENTINI	
<i>Attività del Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno nell'anno accademico 2016-2017</i>	787

Contents

GIOVANNI CAZZETTA, <i>Introductory Remarks</i>	1
PAOLO GROSSI, <i>For Stefano Rodotà</i>	3
PAOLO GROSSI, <i>On interpretation as invention (the postmodern rediscovery of the inventive role of interpretation)</i>	9
CARLOS PETIT, <i>Republic limited. Mercantile metaphors and political practices (16th-20th centuries)</i>	21
FEDERIGO BAMBI, <i>Towards a compendium of good legal writing</i>	43
PIO CARONI, <i>What if even the code were a message?</i>	57
MARCO SABBIONETI, « <i>Like a ball between two expert tennis players</i> ». <i>Freedom of the sea and neutral commerce between case law and international relations (1756-1812)</i>	111
AGUSTÍN E. CASAGRANDE, <i>The Concept of Estado de Derecho in the History of Argentinean Constitutionalism (1860-2015)</i>	169
GABRIELE BASSI, <i>Law as an instrument of colonial policy in Italian Libya (1911-1943)</i>	207
BARTOLOMÉ CLAVERO, <i>Law under siege, 1936-1939: The Spanish Republic and the League of Nations in the European scenario between constitutionalism and dictatorship</i>	257
PAOLO GROSSI, <i>Gustavo Bonelli: A protagonist of Italian legal thought between Nineteenth and Twentieth centuries</i>	317
PAOLO GROSSI, <i>On the post-modern legal experience (remarks on the notary's present role)</i>	329
GIOVANNI ROSSI, « <i>Ultimo suplizio puniri</i> »: <i>The condemnation of the homicidal wife in a consilium of Bartolomeo Cipolla</i>	345
GIANLUCA RUSSO, « <i>Hic enim liber terribilis est</i> ». <i>Hegemonic traits of criminal law in the Florentine Statutes of the early Fifteenth Century</i>	391
FRANCESCO BONO, <i>The British Constitution in Edward Gibbon's thought. The distance dialogue with William Blackstone</i>	437
RICARDO SONTAG, <i>History of an « extra-constitutional situation »: Banishment between law and politics in Brazil (1824-1934)</i>	469
GUIDO BONINO-GIOVANNI DAMELE, <i>Theoretical divergences and parallel lives. Gustav Bergmann, Hans Kelsen and the pure theory of law</i>	507
TESTIMONIES	
GUSTAVO ZAGREBELSKY, <i>To the end of Paolo Grossi's term as constitutional judge and his return to university studies</i>	543

REVIEWS

PIERO AIMO, <i>Comuni e Province. Ottocento e Novecento. Storie di istituzioni</i> , Pavia, 2017 (Luca Mannori)	557
WOLFGANG ERNST, <i>Rechtserkenntnis durch Richtermehrheiten: „group choice“ in europäischen Justiztraditionen</i> , Tübingen, 2016 (Richard Hyland)	560
GIOVANNI FIANDACA, <i>Prima lezione di diritto penale</i> , Bari-Roma, 2017 (Marco Nicola Miletti)	571
OLIVIER JOUANJAN, <i>Justifier l'injustifiable. L'ordre du discours juridique nazi</i> , Paris, 2017 (Riccardo Cavallo)	579
GIACOMO PACE GRAVINA, <i>Il Codice e la sciabola. La giustizia militare nella Sicilia dei Borbone tra repressione del dissenso politico ed emergenza penale (1819-1860)</i> , Acireale-Roma, 2015 (Francesco Migliorino)	589
STEFANO SOLIMANO, <i>Amori in causa. Strategie matrimoniali nel Regno d'Italia napoleonico (1806-1814)</i> , Torino, 2017 (Giovanni Cazzetta)	600
MARIA SOLE TESTUZZA, <i>“Ius corporis, quasi ius de corpore disponendi”. Il Tractatus de potestate in se ipsum di Baltasar Gómez de Amescúa</i> , Milano, 2016 (Carlos Petit)	605

READINGS

EMANUELE CASTRUCCI, <i>The legal-theoretical beginnings of decisionism. Legal realization and decision accuracy through practice in Carl Schmitt's Gesetz und Urteil (1912)</i>	619
FABIO CIARAMELLI, <i>The encounter of psychoanalysis and law in the early Italian reception of Freud's thought</i> (on F. Migliorino, Edoardo Weiss e “La giustizia penale”. <i>Zone di contagio tra psicoanalisi e diritto</i> , Acireale-Roma, 2016)	639
BARTOLOMÉ CLAVERO, <i>Was there no genocide in the Americas?</i> (on historiography about settler genocide, in a comparative perspective)	647
PAOLO CORONA, <i>A knot being tightened. Considerations on Savigny's project in the legal reflection of Vormärz</i> (on poetry and law in early 19th century Germany, between models and paradigms)	689
RICARDO MARCELO FONSECA, <i>The delicate stitching of an analytical legacy — from the Old Regime to the age of Constitutionalism</i> (on some recent writings by António Manuel Hespanha)	721
MARCO RIZZUTI, <i>Abuse of rights, non-use and extinction of ownership</i> (on A. Quarta, <i>Non-proprietà. Teoria e prassi dell'accesso ai beni</i> , Napoli, 2016).	729
FILIPPO RUSCHI, <i>Anomic spaces and absolute enemies. An itinerary in the philosophy of international law</i> (on P. Linebaugh, M. Rediker, <i>I ribelli dell'Atlantico</i> , Milano, 2018; A. Policante, <i>The Pirate Myth</i> , London, 2015)	745
ABSTRACTS	775

CENTRO DI STUDI PER LA STORIA DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO

Activities in the Year 2016-2017 787

I collaboratori del «Quaderno» 47

FEDERIGO BAMBI

Prof. Associato di Storia del diritto medievale e moderno - Università di Firenze

GABRIELE BASSI

Assegnista di ricerca di Storia contemporanea - Università di Siena

GUIDO BONINO

Prof. Associato di Storia della filosofia - Università di Torino

FRANCESCO BONO

Assegnista di ricerca di Diritto romano - Università di Pavia

PIO CARONI

Prof. Emeritus - Universität Bern

AGUSTÍN E. CASAGRANDE

Exzellenzcluster Normative Orders - Goethe Universität

EMANUELE CASTRUCCI

Prof. Ordinario di Filosofia del diritto - Università di Siena

RICCARDO CAVALLO

Professore a contratto di Filosofia del diritto e tecniche informatiche - Università di Firenze

GIOVANNI CAZZETTA

Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno - Università di Ferrara

FABIO CIARAMELLI

Prof. Ordinario di Filosofia del diritto - Università Federico II di Napoli

BARTOLOMÉ CLAVERO

Prof. Emérito de Historia del derecho y de las instituciones - Universidad de Sevilla

PAOLO CORONA

Dottorando di Teoria e Storia dei Diritti Umani - Università di Firenze

GIOVANNI DAMELE

Professor auxiliar convidado de Filosofia do direito - Universidade Nova de Lisboa

RICARDO MARCELO FONSECA

Professor de História do direito - Universidade Federal do Paraná (UFPR)

PAOLO GROSSI

*Prof. Emerito di Storia del diritto medievale e moderno - Università di Firenze;
Presidente emerito della Corte costituzionale*

RICHARD HYLAND

Distinguished Professor of Law - Rutgers University - Camden

LUCA MANNORI

Prof. Ordinario di Storia delle istituzioni politiche - Università di Firenze

FRANCESCO MIGLIORINO

Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno - Università di Catania

MARCO NICOLA MILETTI

Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno - Università di Foggia

CARLOS PETIT

Catedrático de Historia del derecho - Universidad de Huelva

MARCO RIZZUTI

Ricercatore di Diritto privato - Università di Firenze

GIOVANNI ROSSI

Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno - Università di Verona

FILIPPO RUSCHI

Prof. Associato di Filosofia del diritto - Università di Firenze

GIANLUCA RUSSO

Dottorando di Teoria e Storia dei Diritti Umani - Università di Firenze

MARCO SABBIONETI

Prof. Associato di Storia del diritto medievale e moderno - Università di Firenze

RICARDO SONTAG

Professor de História do Direito - Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)

GUSTAVO ZAGREBELSKY

*Prof. Emerito di Diritto costituzionale - Università di Torino;
Presidente emerito della Corte Costituzionale*

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
- Vol. 46 (2017) - Giuristi e Stato sociale, due tomi in 8°, p. 1060
- Vol. 47 (2018), 8°, p. 816

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'INDAGI-
NE 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. CXXXVIII-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 biografia 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
- 110 Piero Bellini, SUGLI USITATI PARADIGMI DELLA CANONISTICA OSSERVANTE
Considerazioni dissenzienti d'un canonista trasgressivo
(2016), 8°, p. VIII-284

- 111 Ferdinando Mazzeola, UN DIRITTO PER L'EUROPA INDUSTRIALE
Cultura giuridica ed economia dalla Rivoluzione francese al Secondo Dopoguerra
(2016), 8°, p. X-346
- 112 ATTUALITÀ E STORIA DELLE CIRCOSTANZE DEL REATO
Un istituto al bivio tra legalità e discrezionalità
a cura di Roberto Bartoli e Michele Pifferi
(2016), 8°, p. VI-334
- 113 Maria Sole Testuzza, "IUS CORPORIS, QUASI IUS DE CORPORE DISPONENDI"
Il *tractatus de potestate in se ipsum* di Baltasar Gómez de Amescúa
(2016), 8°, p. IV-370
- 114 Alberto Spinosa, "CIVILI IN DIVERSISSIMO MODO"
Modello napoleonico e tradizioni giuridiche nazionali nell'Italia dell'Ottocento
(2017), 8°, p. XVIII-278
- 115 Raffaele Volante, LA SOSTITUZIONE DEGLI EFFETTI NEGOZIALI NEL
DIRITTO COMUNE CLASSICO
(2017), 8°, p. VI-192
- 116 Federigo Bambi, SCRIVERE IN LATINO, LEGGERE IN VOLGARE
Glossario dei testi notarili bilingui tra Due e Trecento
(2018), 8°, p. IV-370
- 117 Valerio Torreggiani, STATO E CULTURE CORPORATIVE NEL REGNO UNITO
Progetti per una rappresentanza degli interessi economici nella riflessione inglese della
prima metà del XX secolo
(2018), 8°, p. IV-282

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

024202696

ISBN 978-88-14-22849-0



9 788814 228490

Des. A. Pontecorvoli