

**per la storia
del pensiero
giuridico
moderno**

48

2019

**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:

FEDERIGO BAMBI, VITTORIA BARSOTTI,
PAOLO CAPPELLINI, PIETRO COSTA,
MAURIZIO FIORAVANTI, PAOLO GROSSI,
LUCA MANNORI, BERNARDO SORDI, IRENE
STOLZI, GIOVANNI TARLI BARBIERI –
FRANCESCO VERTOVA (Segretario di Redazione)

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 HALPÉRIN (Paris); ANTÓNIO
MANUEL HESPANHA (Lisboa); RICHARD
HYLAND (Camden); LUCIEN JAUME (Paris);
LUIGI LACCHE (Macerata); MARTA LORENTE
SARIÑENA (Madrid); MICHELE LUMINATI
(Luzern); LAURENT MAYALI (Berkeley);
MASSIMO MECCARELLI (Macerata); JEAN-
LOUIS MESTRE (Aix-En-Provence); DAG
MICHALSEN (Oslo); FRANCESCO PALAZZO
(Firenze); CLAES PETERSON (Stockholm);
CARLOS PETIT (Huelva); MICHELE PIFFERI
(Ferrara); HEIKKI PIHLAJAMÄKI (Helsinki);
GIOVANNI ROSSI (Verona); JOACHIM
RÜCKERT (Frankfurt am Main); MICHAEL
STOLLEIS (Frankfurt am Main); VÍCTOR
TAU ANZOÁTEGUI (Buenos Aires); MICHEL
TROPÉ (Paris); RAFFAELE VOLANTE
(Padova); 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/indici.htm

QUADERNI FIORENTINI

per la storia del pensiero giuridico moderno

48
(2019)

ISBN 9788828812159

ISSN 0392-1867

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

© Copyright Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A. Milano - 2019
Via Busto Arsizio, 40 - 20151 MILANO - www.giuffrefrancislefebvre.it

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

Is there place for a separated legal history? È quanto si chiede e ci chiede oggi, a più di trent'anni di distanza dall'incontro fiorentino su *Storia sociale e dimensione giuridica*, Antonio Hespanha nella densa riflessione sui metodi, gli spazi e i confini della recente storiografia giuridica che apre il *Quaderno*.

Nel Convegno del 1985 il vivace confronto con la « *nouvelle histoire* » sollevò interrogativi sul fondamento della separazione tra storia giuridica e « *histoire sociale globale* » a fronte di innovazioni metodologiche che, cancellando confini tematici e identità tradizionali, stabilivano relazioni inaspettate tra territori troppo a lungo considerati divisi: « Le territoire classique de l'histoire juridique — ribadì allora Hespanha nel suo intervento — n'existe plus dans son identité traditionnelle ». L'infittirsi del colloquio con 'gli altri' poneva l'esigenza di un nuovo paradigma identitario. Le aperture non segnavano infatti — come fece notare Mario Sbriccoli capovolgendo la nota (e poco felice) provocazione di Arnaldo Momigliano — la fine della storia del diritto come branca autonoma della ricerca storica ma « la fine della storia del diritto come branca isolata della ricerca storica e/o della riflessione giuridica ».

Nel 2012 il Convegno su *Storia e diritto*, organizzato in occasione dei quarant'anni dei *Quaderni fiorentini*, mise a fuoco una situazione compiutamente mutata, caratterizzata dalla diffusa convinzione della storicità del diritto, da nuove linee di ricerca e da ulteriori aperture: « chiusure positivistiche ed orizzonte nazionalistico — scrisse Bernardo Sordi raccogliendo gli Atti del Convegno — sono un lontano ricordo », sempre più numerose sono le ricerche oramai libere dal « condizionamento, tutto ottocentesco, della sovrannità e dei confini ».

Il bilancio che ci offre oggi Hespanha conferma appieno le trasformazioni intervenute in questi anni. Son crollati altri muri, si sono affermati nuovi vocabolari, il campo d'osservazione dello storico del diritto si è ulteriormente allargato. Scelte antiformalistiche e serrate critiche al legalismo statalista e al nazionalismo giuridico, decostruzioni del 'romanzo della nazione', riconsiderazione critica dei miti nazionali e delle identità giuridiche inventate, hanno eroso il riferimento a un diritto da cogliere esclusivamente attraverso l'assolutezza della legge, reso visibili 'micro-contesti spaziali' e 'spazi globali', spostato lo sguardo sulla tipicità dei territori e, nello stesso tempo, su storie transnazionali che rivelano, oltre lo Stato, nuovi equilibri nelle modalità di costruzione del giuridico, affinità e distonie tra 'luoghi' anche lontani temporalmente e spazialmente. Hespanha ci segnala come la decostruzione dei moderni Stati nazionali abbia reso possibile una storia fatta di intricate storie del diritto, da cogliere in spazi minuscoli e umili, in tradizioni documentarie e accademiche, nelle vicende di scuole di diritto, di circolazione del sapere e di mercati del libro. Insiste, in particolare, su una 'autonomia' che può essere colta seguendo lo specifico sistema di comunicazione dei giuristi; un sistema incentrato sulla peculiare grammatica dei discorsi di persuasione e sulla 'forza argomentata' del diritto, sulle regole del discorso giuridico e sulle sue pratiche di produzione, su ragioni attinenti alle caratteristiche proprie di una sfera comunicativa entro un dato contesto storico. E ci offre, in questo stesso *Quaderno*, uno studio esemplare di *Identificazione del diritto all'interno di una comunità comunicativa*; un'analisi quantitativa dei testi prescelti per insegnare il diritto a Coimbra fra il 1570 e il 1640, testi selezionati in base a tradizioni accademiche e a regole 'interne' alla stessa comunità.

I territori disciplinari sono dunque mutati, le mappe si sono estese e nello stesso tempo sono divenute più particolareggiate, complicando la lettura dei fenomeni di circolazione del diritto e l'idea di 'recezione', facendo venir meno le orgogliose e miopi rivendicazioni di insularità. Dialogo con altri specialismi, caduta dei confini, ibridazione dei territori sono oggi componenti essenziali di una storia del diritto che oramai da anni non si presenta più come «l'ultima roccaforte di una storia incentrata sullo Stato e sulla nazione»; una storia del diritto che, anche per questo e proprio per

questo, può dialogare efficacemente con storici e giuristi affermando una sua 'autonomia'. Ricercare autonomia per la storia del diritto non significa volere erigere nuovi steccati a difesa di un orticello coltivato da un esiguo numero di studiosi appassionati di storia nelle Facoltà di giurisprudenza ma voler preservare una peculiare forma di comprensione del passato e del presente, capace di cogliere (e offrire agli storici, ai giuristi e ai giuristi in via di formazione) consapevolezze critiche e forme di conoscenza 'della diversità' oggi più che mai necessarie per interrogare e interpretare la specifica complessità della dimensione giuridica.

Oggi non c'è alcuno spazio per una storia del diritto 'separata' ma c'è sicuramente un gran bisogno di una storia del diritto munita di 'autonomia'. Un'autonomia sostenuta da aperture, da dialoghi e da metodi di ricerca diversificati (anche estremamente diversificati) fra loro, ma mossi da una comune consapevolezza della intrinseca storicità della dimensione giuridica. È quanto il progetto culturale della nostra rivista afferma da decenni. Ed è quanto, mi pare, emerge oggi dalla pluralità di voci e dalle prospettive fortunatamente diverse che si susseguono nelle pagine di questo quarantottesimo numero miscelaneo dei *Quaderni fiorentini*.

Firenze, 11 marzo 2019

* * *

António Hespanha ci ha lasciati in questi primi giorni dell'estate. A Lui, caro amico e Maestro, sono dedicate le pagine di questo numero dei *Quaderni* cui ha partecipato con entusiasmo e passione.

Firenze, 2 luglio 2019

Modelli e dimensioni

ANTÓNIO MANUEL HESPANHA

IS THERE PLACE FOR A SEPARATED LEGAL HISTORY?
A BROAD REVIEW OF RECENT DEVELOPMENTS
ON LEGAL HISTORIOGRAPHY

This text focuses the trends of legal and institutional history in the beginnings of our century, namely in what concerns its relation with social history. Three decades ago, by the Fall of 1985, Paolo Grossi gathered in Florence the elite of legal and social history for a kind of « summit » on the juridical dimension of social history ⁽¹⁾. The meeting was attended by conspicuous historians from the areas of legal, institutional and social history: Cinzio Violante, Jacques Le Goff, Mario Sbriccoli, Tomás y Valiente, Bruno Paradisi, Raffaele Ajello, along with a younger generation of legal historians to which I belonged. We recognized the neighbourhood existing between history of law and social history, insisting on the need of the promoting exchanges between the respective research communities. The current text deals basically with the same theme, although taking in account theoretical and methodological novelties of the last decades.

It seems to me that the very disciplinary boundaries between the history of law and the social history have now to be subjected to a courageous revision that inscribes within the theory of history the progressive extension of the concept of « law » in legal theory, with the consequent dilution of the separation between the various normative orders.

*

⁽¹⁾ See *Storia sociale e dimensione giuridica. Atti dell'incontro di studio*, P. Grossi (ed.), Milano, Giuffrè, 1986.

An appropriated label for the critical wing of contemporary legal history may be « anti-formalism ». By it we mean the critique of *formalism*, or of the idea that law is a « form » of ruling social relations. Form that should be analysed separately from social situations (from « life »). This is the idea that lawyers usually express as the opposition between « ought to » (*Sollen*) and « being » (*Sein*), reserving the first level to their exclusive expertise.

The criticism of formalism developed in several concrete areas.

The first one is the critique of « statism » or of the state bias. That is, the critique of the idea that law is a phenomenon that arises only within the « state », linked to state-gearred disciplinary technologies: (i) authoritative and formal declaration of law; (ii) written communication; (iii) enforcement of law by state courts and state organized coercion.

The second antiformalistic topic is the refusal of « nationalism » (« anti-nationalism »), *i.e.*, the criticism of the idea that values that give coherence to a legal order are proper to an ethnic-cultural entity, the « nation », endowed with unity and a certain timelessness and axiological coherence at its core.

The third antiformalistic theme is the critique of « juridicism », or the criticism of the idea that law is a separated body of norms, autonomous and unrelated to other normative phenomena. Whose knowledge would require a distinctive *forma mentis* (a juridical flair, a specific « legal reason »), precisely the core intellectual virtue of a good jurist.

Any of the above ideas have an already long tradition in the 20th century.

*

Anti-statism appears as an important topic of the « naturalistic » currents of legal thought at the end of the 19th century — sociologism (Durkheim, Lévy-Bruhl), « institutionalism » (Santi Romano), « realism » (French realism, L. Duguit; American realism, Karl Llewellyn, 1893-1962).

The ideological inspiration of anti-statism — at least in Europe — was the critique of the political agenda of the of new-born democratic, secularist and « suffragist » states (namely, the French

III Republic), which would be disruptive of some long-established canons of telling the law and of ruling the society. To be more precise: law as a wisdom to be uncovered by an almost sacerdotal group; rule as an emanation of nature or reason and not as a product of the will of leaders elected by ordinary people.

This self-flattering ideology of jurists explains why legal sociology (or realism) was at odds with the general ambiance of the Faculties of Law. Actually, dominant legal culture considered that the interest sociologists devoted to « social reality » diluted the autonomy proper to law, jeopardizing the purity of legal studies (« explaining the law compromises its sacredness; explaining ‘criminal minds’ is the first step to accept them ») and, eventually, undermining the self-confidence of future jurists.

In the late 1960s, Michel Foucault and the Critical School reset this antiformalism into new theoretical foundations, which were now the focus on political micro-analysis, peripheral powers and radical diversity of forms of controlling and of ruling.

This orientation was shared with the critic of the then contemporary « statehood », be that of the liberal Western states or that of the dictatorships of the Southern Europe.

This explains its success in the « radical » Italy of the 1970s or in the Iberian Peninsula in the last years of struggle for democracy. In Germany, leftist jurists and activists supported a critical attitude towards the monopolizing of politics by state institutions, being grouped around journals like *Kritische Justiz*.

All this fuelled a sensibility focused on non-state law (2). Those were the years when a critical wing of legal history emerged, often coupled with the development of the « Critical Studies », in Europe or in the Americas. In France, where the historiographical *regard* remained focused on the state and on official law the reception of this trend was less visible (as exception, the movement *La critique du droit*, Michel Miaille, André-Jean Arnaud, Jacques Poumarède). In the United Kingdom, the less strictly legalistic common law ambiance, as well as the influence of the « realist » tradition or of the

(2) See Volkmar GESSNER, *Recht und Konflikt. Eine soziologische Untersuchung privatrechtlicher Konflikte in Mexiko*, Tübingen, Mohr & Siebeck, 1976.

social history of Eric Hobsbawm and Edward P. Thomson, made this anti-state turn much less dramatic than in Continental Europe.

It was this kind of anti-statism — which many called « legal pluralism » — that triggered a new attention to law in « lawless spaces », like the suburbs of contemporary large cities (shanty towns, slums, in Johannesburg, Rio de Janeiro or Mexico City), in the subaltern communities (notably, peasant communities), in the frontiers. In an article published in 1983, I explicitly referred the similarities existing between law in peasant communities and the « *direito das favelas* » (slum's law) found by the legal anthropologists in Rio ⁽³⁾. This move was important, not only because it recognized law where traditional jurists didn't see but legal deviance and legal corruption, but also because it disclosed new textures of law and indirect or subliminal forms of regulation, opening for the concept of « multi-normativity » (Th. Duve ⁽⁴⁾).

However, the impact of anti-statism inside legal academic circles was slow, because of the legalistic or doctrinal style of learned legal studies. Here, non-state law was wrongdoing and abuse, precisely the opposite of the law which learned legal circles were supposed to be considered.

*

Another topic of the renewal of legal history was anti-nationalism.

The linking of law to a « national » soul / genius is a characteristic of 19th century romanticism. In the history of law, it resulted

⁽³⁾ The leading work was the Yale PhD diss. of Boaventura de Sousa Santos (*Law Against Law: Legal Reasoning in Pasargada Law*, Cuernavaca, Centro Intercultural de Documentación, 1974; or, Portuguese version of the methodological framework, *Ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*, 1988), now eventually published in the original version: Boaventura DE SOUSA SANTOS, *O Direito dos Oprimidos. Sociologia Crítica do Direito, Parte I*, Coimbra, Almedina, 2017.

⁽⁴⁾ Thomas DUVE, *Storia giuridica globale e storia giuridica comparata. Osservazioni sul loro rapporto dalla prospettiva della storia giuridica globale*, in *Diritto: storia e comparazione. Nuovi propositi per un binomio antico*, Massimo Brutti, Alessandro Somma (eds.), Berlin, Max Planck Institute for European Legal History, 2018, pp. 149-185 (p. 153 ff.).

in the invention of « national laws » throughout Europe, linked to mythical ethnic entities — the Romans, the Germans, the Norse, the Celts (Bretons, Iberians, Gauls...), or to the great medieval and early « national » monarchies. Legal institutions tended to be explained by features belonging to « national spirit » (*Volksgeist*). The result was a rather arbitrary clipping/cutting of the history of law in Europe, focused on pedigreed political entities yet with a small impact on the daily life of the population. In a way, nationalism was the imposing of a general framework to local specificities (« Seeing like a state », as James C. Scott put it). Legal micro-units of a very « miniaturized » social and political landscape were ignored. Therefore, nationalism also led to an artificial homogenization of « national laws », as national soul would not vary according to the micro spatial contexts and to circumscribed social and communicational groups. Criticism of legal nationalism made thus visible the law of infra-national and micro-regions.

On the other hand, the devaluation of the ethnic-nationalist vantage point, allowed the emergence of other scales of legal history, as the focussing on the mega-macro level, above the cut of states and nations — global laws, or phenomena that influence the law but occur at the global level ⁽⁵⁾. This last topic of the « globalization » of law and its history is a trendy subject, although I am not sure that it is the most interesting from a methodological point of view. In fact, incumbent myths about « global » and « globalization » are often based on a fashionable ideology and tend to underestimate the agency of local deformations of trans-local models. However, « national », « regional » or « global » are twin-efforts, not only to « simplify » multidiversity, but also devices by which a convenient artificial identity is about to be forged. A neat example of this kind of transactions between politics and the historical construction of identity categories is European Legal History. Although with previous roots, « European Legal History » impacted legal historiography in the mid-1960s ⁽⁶⁾, on the wake of the enthusiasm about the building of a political European union. This Europe was a quite

⁽⁵⁾ *Ibidem*.

⁽⁶⁾ See on the appearance of 'European legal history' and its political and ideological load, Thomas DUVE, *Global Legal History: Setting Europe in Perspective*, in

arbitrary artefact, which implicitly excluded Eastern Europe, and coloured European law with the tones of a mixing of Common sense European « identity traits »: Christianity, Enlightenment, rule of law, learned legal culture. Despite evident continuities, spaces where European law had a huge legacy — like the Americas — were taken as unsuitable subjects to European legal history, except as territories of a passive « reception » of European law.

The inconsistencies of these fabricated entities became clear when common sense, political praxis and theoretical reflection made clear that they could not cope with the needs of more complex and sophisticated versions of analysis. For historians, it became evident that, for example, European history could not be done neither based on national histories nor assuming « European » common traits that a full account could not at all support. Europe had several histories, crossed and entangled, without a fixed spatial framework. A conclusion that becomes more and more shared with the rising of « euro-scepticism » and the shivering of the « European project ». On the other hand, it became more and more clear that European history could not be done apart from world history or with the history of European expansion (7). And that, by opposite, Non-European history could not make sense without a constant reference to what happened in the old continent. As J.-F. Schaub wrote: « Enfin, il importe de souligner que le triomphe planétaire de l'Europe a eu des effets contrastés sur elle-même. En découvrant la variété des sociétés humaines, elle est devenue plus sensible à ses propres diversités. L'esprit de conquête s'est accompagné d'un apprentissage du doute, et cet attelage a prouvé sa redoutable efficacité? Quant au racisme, c'est encore contre elle que l'Europe a retourné de la façon la plus tragique cette arme infernale » (8). Also, in legal history; namely because « reception » was a too simple form of describing reciprocal influences.

The Oxford Handbook of European Legal History, edited by Heikki Pihlajamäki, Markus D. Dubber, and Mark Godfrey, Oxford, Oxford University Press, 2018.

(7) Jean-Frédéric SCHAUB, *L'Europe a-t-elle une histoire?*, Paris, Albin Michel, 2008; Id., *Les Indes, la Chine, l'Europe: une histoire commune*, in « Critique », 2017, 841-842, pp. 592-606.

(8) SCHAUB, *L'Europe a-t-elle une histoire?*, cit., p. 153.

*

Recently, in the wake of Habermasian and Luhmannian theories, law has been analysed as a communicative system, whose results could be explained by systemic traits of communication ⁽⁹⁾.

Therefore, the clipping of legal history should be done accordingly, distinguishing the spheres of communication in which law circulates. Roughly, we could distinguish:

- oral law, shared in the world of everyday life;
- scriptural law, common to petty lawyers (scribes, notaries and court clerks);
- academic law, circulating among learned lawyers;

On each of these levels, law circulates through different systems of communication, being very dependent on the respective supports and means of diffusion and interchanging.

In my opinion, one of the most promising topics in today's legal history is this stressing of the communicative nature of law and of the importance that devices of its « telling » and « sharing » have in its way of being. This approach allowed to diversify histories of the law, according to the communicative sphere in which law respectively circulates, emphasizing non-homologous chronological and spatial profiles of the several layers of law. In this sense, stories of laws encroach on each other, diverge from each other by pattern, and are very dependent on respective internal logics. Although there are reciprocal « irritation » factors among them.

The chapter I wrote to a recent *Handbook of European Legal History* ⁽¹⁰⁾ tries to follow this approach in describing the law of Southern Europe in late Middle Ages. Modern « national states » disappear with alleged national laws they were supposed to engender. Instead, an entangled history of three quite autonomous levels of histories of law arises. That of micro-local laws, circulating in tiny

⁽⁹⁾ See the book series of Thomas Vesting, analysing from this perspective several communicative supports of the law and the way in which they model it: *Die Medien des Rechts. Sprache, Schrift, Buchdruck, Computernetzwerke* (Weilerswist, Velbrück, 2011-2015).

⁽¹⁰⁾ *The Oxford Handbook of European Legal History*, cit., ch. « Southern Europe (Italy, Iberian Peninsula, France) ».

and humble spaces; that of scriptural law, diffused by networks of scribes and petty lawyers who shared templates, formulae and documentary traditions; and that of academic learned law, spreading over an always growing constellation of Law Schools and book markets.

*

The communicative approach leads to the theme centrality of discourse in historical and theoretical studies of law.

The force of law is an « argued force ». It is a force based on a great effort to persuade. The convincing factors are arguments, directed to a specific audience: in oral law, the judicial assemblies in which the disputes are discussed; in written law, either a world of specialized technicians of document drafting, educated by long textual traditions or a community of lecturers and listeners, prolonged in a network of legal book users.

The grammars of these discourses of persuasion depend very much on the internal conditions of the communicative process. And therefore « extra-communicative » factors — political, social, religious, cultural, contexts — are to be dealt as only indirect elements of discourse modelling. On the contrary, discourse history has to focus on legal discourse itself, along with its inner practices of production.

One emerging example of this trend to take in account the material conditions of communication is the study of legal literature, not so much focused on the « content » of texts, but on their external forms and supports — the speech, the manuscript and the printed matter; their publics and social outreach; their templates; the page layout; the book titles; the repertoires and collections of common places (*loci communes*) or rules (*axiomata*); the rising of technical languages; the history of publishing; and the formation of a specific book market. Most probably, traditional legal historians and lawyers would label this approach as subversive, as it decentralises the author, the ideas, the legal reason, replacing them by a hazardous constellation of material circumstances.

The vision of law as a communicative phenomenon is probably the one that allows us to better reformulate, in a new and more

convincing way, the obsessive question of the autonomy of law and, consequently, of legal history. The history of law has the autonomy that derives from the fact that law obeys to a specific communication system, focused on a certain kind of persuasion. It only accepts a restricted set of arguments and reasons which are contingent with the characteristics of the respective communicative sphere in its historical context.

*

A last trend of the most recent legal history is the reaction against juridicism. Juridicism corresponds to the idea that law is a normative sphere, with its own nature or substance. In the traditional legal methodology, this specific nature of law consists in its state origin; in its normative technique — generality and abstraction of its commands; and in being backed by force (coercivity). If historians of law adopt this clipping of their object, the scope of legal history would be very narrow, making it something definitely meaningless and boring to the rest of the historians.

Moreover, juridicism is generally coupled with « normativism », *i.e.*, the idea that law is a normative discipline that looms over social dynamics and, finally, directs and regulates it. The law would never depend on « life », but rather would be imposed to it from the outside.

This normativist bias in history of law, however bizarre it may seem to a historian, corresponds to the views of the traditional cultists of legal history, academic jurists with an almost exclusively dogmatic or technical background. They present themselves as searchers of natural or rational rules of organizing society, above social interests and their conflicts. And they seek to act as social engineers guided by Justice or General Interest. For them, law is, more than a social construct, the product of « invention » (in the original sense of « discovery ») of generations of specialists continuously and progressively on the way to the temple of Legal Truth (« Unterwegs zum Tempel der Wahrheit », J.-M. Scholz).

Moreover, a substantive concept of law — as well as the « idea of separation » (*Trennungsgedanken*) between regulation by law and by other forms of social standards — are theoretically difficult to

sustain. The boundary between law and other normative discourses and practices became totally porous and context dependent. The very concept of « legal pluralism » became insufficient because it still assumes a distinction between « law » (even « plural ») and non-legal norms. The surrogate concept is now « multi-normativity », which corresponds to the idea that the regulation of human behaviour works through different disciplines and control techniques, ranging from linguistic canons, classification and distinction systems (taxonomies), aesthetic standards, etc., to disciplines closer to law, such as religion, morality, economic reason, monasticism (or self-care).

*

These seemingly abstract ideas had concrete impacts on historical-legal research, opening or reinforcing concrete new themes. We will mention some of them here.

The first one is the research of non-state political models, with specific systems of legitimation and disciplinary technologies.

These models of non-state organization and control also existed in European societies, from the family to networks of clientele or friends. But ordinary historiography treated them as entities of « civil society » (*societas sine imperio*) and, therefore, of a totally different nature from « political society ». This distinction, however, was the rear projection of a distinction that would become decisive only in the late early modern age, at the origins of liberalism — that of a state different and detached from society. However, when faced with the facts themselves, one understands that the relations of dependence from princes were practically indistinguishable from those observed among private individuals in the context of the « house » or patronage networks. Therefore, legal historians start to amplify their domains to relations enclosed in non-state institutions.

*

A very popular line of research — actually, originating from non-legal historiography — was the law of « households » or domestic law (*oeconomia*).

The seminal work to a political reading of family was a classical article of Otto Brunner, « Das ‚ganze Haus‘ und die alteuropäische ‚Ökonomik‘ »⁽¹¹⁾, where « household » was identified as the core political unit of old European societies⁽¹²⁾.

Although the family theme had a long tradition in the historiography of law, insufficient attention was paid to the domestic model⁽¹³⁾ as a decisive muster to any level political relations. References to domestic roles and family feelings and emotions were pervasive in several layers of political literature. However, they were ordinarily considered as void metaphors and not as a proper signature of a model of political legitimation. And yet, a very rich explanation of the family model, with its norms, its founding sentiments, its sweet forms of coercion, was present in the century-old literary tradition of jurists. This huge literature provides the keys to perceive the patterns of constitution and transmission of a kind of power that was common in society — domestic power. Exercised not only amidst relatives but also upon other dependents such as clients and *protégés*, servants and the slaves. Letting alone the fact that it was also a fundamental model of legitimating and exercising

(11) In Otto BRUNNER, *Neue Wege der Verfassungs- und Sozialgeschichte*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1968, pp. 103-127. Contemporary, with many common topics (but without visible inter-influence), Gilberto FREIRE, *Casa grande e senzala*, Rio de Janeiro, José Olímpio, 1933.

(12) In Italy, there is a remarkable tradition of studies on domesticity, from the works of Cesare Mozzarelli, Daniela Frigo, Maria Antonietta Visceglia, to research on the disciplinary logic of the domestic model. But the popularity of the subject was further reinforced by the historical and sociological reflections of Jack GOODY, *The Development of the Family and Marriage in Europe*, Cambridge, Cambridge University Press, 1983, and Pierre BOURDIEU, *Stratégies de reproduction et modes de domination*, in « Actes de la recherche en sciences sociales », 1994, 105, pp. 3-11; ID., *La sainte famille. L'épiscopat français dans le champ du pouvoir*, in « Actes de la recherche en sciences sociales », 1982, 44-45, pp. 2-53. Brief synthesis: ID., *À propos de la famille comme catégorie réalisée*, in « Actes de la recherche en sciences sociales », 1993, 100, pp. 32-36.

(13) But also to the relationship between 'economic' [*oikos*, home] power and political power, as well as to gender, femininity, masculinity, childishness, inheritance and succession.

royal, seigneurial and ecclesiastical power. And even state power during Enlightenment or after the revolution ⁽¹⁴⁾.

The textual mass on the subject is monumental, extending from the patristic age until our days, in a tradition with few ruptures or regional variations on the central points. It is, of course, a mostly scholarly literature, but apart from the more technical details, it seems to be based on representations widely spread in the societies of Western Europe and Mediterranean basin.

The impact of the domestic model framed the perception and justification of power at various scales. An example is the use of metaphors from the family world to justify the colonial relationship. In fact, metaphors of affiliation and paternity or of childhood ⁽¹⁵⁾ have the greatest impact on the design of the political place of the colonized. Actually they are a key to solve a paradox. The Iberian Second Scholastic condemns the conquest and enslavement of Native Americans, Africans and Asians. But eventually it also justifies the almost absolute political subalternization of these peoples. Globally read — and not only in the commentaries on just war —, this literature ends up explaining that, although naturally free, these people were like little children, needing to be educated (*e+duco*, to guide) and therefore subordinated to the political leadership of Europeans. The use of the word « father » (« Pai dos Cristãos », « Pai dos Índios ») to designate colonial tutors of the Indians, or the vulgarization of diminutives or expressions that evoke piety and

⁽¹⁴⁾ See Antonio SERRANO GONZÁLEZ, *Poder sub specie legis y poder pastoral*, in *Discurso, poder, sujeto. Lecturas sobre Michel Foucault*, Ramón Maíz (ed.), Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 1987; Romina ZAMORA, *El alfarero y el barro. La constitución oeconomica de Tucumán de 1820*, in *Tradición jurídica y discursividad política en la formación de una cultura estatal. Trayectorias rioplatenses, siglo XIX*, Alejandro Agüero (ed.), Buenos Aires, Dunken Editorial, forthcoming.

⁽¹⁵⁾ Or even that of the subordinate role of women, which explains the feminization of overseas spaces and people, as the passive element of colonization.

See António Manuel HESPAÑHA, *Carne de uma só carne: para uma compreensão dos fundamentos histórico-antropológicos da família na época moderna*, in « Análise Social », 1993, 123-124, pp. 951-974; or, in a reworked version, Id., *Como os juristas viam o mundo. 1550-1750. Direitos, estados, coisas, contratos, ações e crimes*, Amazon-Kindle, 2015, ch. 3.2.

mercy (« pretinhos », « poor Indians ») ⁽¹⁶⁾ to designate colonized expresses, this assimilation between colonized and children or weak people (*miserabiles personae*), deserving protection and needing direction (later on, « civilization » ⁽¹⁷⁾), are the still visible symptoms of an inexorable apparatus of sweet domination, which turned bitter violence in an almost disposable technology. A large array of colonial institutions belongs to this domestic world, from ecclesial forms of guidance and control to secular techniques of managing and punishing colonial subjects.

*

Contiguous to the world of the family was that of friendship and love, based on the virtues of grace and liberality, a field also fertile in the emergence of norms and prescribed behaviours.

Here, the more traditional legal historians faced a paradox — that of the « gratuitous » character of duties founded on grace, as opposed to the « due » character of duties founded on justice ⁽¹⁸⁾. However, a broader and more complex concept of « due behaviour » solves the paradox and allows us to account for how duties based on grace, mercy, gratitude, and love were as cogent — or even more — as those founded on law. Thomas Aquinas emphatically states the seriousness of duties related to grace, which would create « imperishable » debts ⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁶⁾ In a recent and controversial statue of Pe. António Vieira — the « defender of Indians » against enslavement — in Lisbon, American natives are represented as children, denoting the common idea that — as infant — colonized had to be the object of protection, but also of guidance.

⁽¹⁷⁾ Codification was, in colonial legal thought of the late 19th century, an aspect of civilization: s. Cristina NOGUEIRA DA SILVA, '*Missão civilizacional*' e *Codificação de usos e costumes na doutrina colonial portuguesa (séculos XIX-XX)*, in « *Quaderni fiorentini* », 33-34 (2004-2005), pp. 899-921.

⁽¹⁸⁾ Bartolomé CLAVERO, *Antidora. Antropología católica de la economía moderna*, Milano, Giuffrè, 1991; António Manuel HESPANHA, *Les autres raisons de la politique. L'économie de la grâce*, in *Recherche sur l'histoire de l'État dans le monde ibérique (15e.-20e. siècle)*, J.-F. Schaub (ed.), Paris, Presses de l'École Normale Supérieure, 1993, pp. 67-86.

⁽¹⁹⁾ António Manuel HESPANHA, *La senda amorosa del derecho. Amor e iustitia en el discurso jurídico moderno*, in *Pasiones del Jurista. Amor, Memoria, Melancolía*,

The study of grace and love is decisive in understanding the logic of social relations of Ancien Régime or of traditional societies of the West, namely patron-client networks ⁽²⁰⁾. However, the normativity of feelings like grace and gratitude is not exclusive of European culture. Neither its relation to politics and political duties. Marcel Mauss — in his essay on the gift ⁽²¹⁾ — underlined their strong presence in non-European cultures.

Therefore, a great deal of attention shall be paid to the mistaken translation of non-European bonds of deep affection, dedication and love (possibly within a different « anatomy of the soul », Remo Bodei) by European forms of « hard » dependence, like slavery. To categorize deep relations of loyalty or fidelity (for example from Japanese merchants and sailors in South-Asian harbours to their masters in Japan), Portuguese sources often speak of slave bonds. The same is true regarding forms of subordination within family or clan relations in Africa. In both cases, what it was all about was a very strong « affective » bondage which also existed in Europe in a sphere of duties outside the strict legal world. In fact, in early modern imagination, the frontiers between domestic slaves and relatives were much more porous than we can conceive nowadays. In poetic language, still today, lovers are slaves of the beloved ones.

*

Non-state community bonds have a different matrix of legitimation, as Max Weber already stressed. But they have also a different structure of normativity and address a different cluster of agents of law declaration, administration and enforcement.

After the 1970s, law of subaltern communities, in the metropo-

Imaginación, Carlos Petit (ed.), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 23-74.

⁽²⁰⁾ Jeremy BOISSEVAIN, *Friends of Friends: Networks, Manipulators and Coalitions*, Oxford, Blackwell, 1974; Susan KETTERING, *Patrons, Brokers, and Clients in Seventeenth-Century France*, New York, Oxford University Press, 1986.

⁽²¹⁾ *Essai sur le don. Forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques*, in « Année Sociologique », 1923-1924.

lises or in the area of European expansion, has been a subject of vivid research. Here the inspiration came from sociologists and anthropologists, namely Boaventura de Sousa Santos, with his work on the informal law of a *favela* (slum) in Rio de Janeiro (22). He unveiled something that official law and legal historiography refused to see: that outside the state — more precisely, often against the state — systems of law could develop with their own logics and disciplinary technologies. Although they mimicked in detail the rites of official law. This theme of a « peasant law » (or « law of rustics », *iura rusticorum*) impacted the history of law, as well in Europe (23) or in the colonies, inviting to the study of subaltern legal orders, often with different kinds of normativity and different « textures ». I am implicitly referring to Sanjay Subrahmanyam's idea of differently textured historical discourses (24). But the *motto* can also be applied to law, which, out of Europe, reveals itself under a diversified constellation of normativities.

With other inspirations (25), the theme of the law of the subaltern communities emerges also in analysing the government of the colonial empires. Ronald Robinson has for decades emphasized the fact that the « imperial government » relied heavily on the use of the resources of the colonized, namely its legal and political institutions (26). That is why the 'new imperial history' (27) has been very interested in the diversified constellation of means used by the colonizers to impose and control the colonized, but also in the way in which colonized sought to guarantee their self-government, frus-

(22) BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, *Law Against Law*, cit. Also, GESSNER, *Recht und Konflikt*, cit.

(23) António Manuel HESPANHA, *Savants et rustiques: la violence douce de la raison juridique*, in « Ius Commune », 10 (1983); last revised and enlarged version in Id., *As fronteiras do poder. O mundo dos rústicos*, in Id., *A ordem do mundo e o saber dos juristas. Imaginários do antigo direito europeu*, Kindle-Amazon, 2017, pp. 199-277.

(24) Cf. Velcheru Narayana RAO, David SHULMAN, Sanjay SUBRAHMANYAM, *Textures of Time: Writing History in South India 1600-1800*, London, Other Press, 2002.

(25) Namely, of *subaltern studies*.

(26) Ronald ROBINSON, *Non-European foundations of European Imperialism: sketch for a theory of collaboration*, in *Studies in the theory of imperialism*, Roger Owen, Robert B. Sutcliffe (eds.), Harlow, Longman, 1972, p. 118.

(27) On 'new imperial history' s. <https://www.history.ac.uk/reviews/review/989>.

trating colonial objectives. One of the forms is the adoption of « discrete resistance » strategies (escape, lying, duplicity, all under cover of a formal submission « in the shadow of Leviathan » (28)). The recent insistence in the redrawing of « empires » as clusters of both formal and informal political dependence bonds is surely related to a more inclusive concept of political power (29). As well as the idea that the assessment of colonial constitution has to include native institutional resources integrated into the imperial order, as well as the indigenous remnant not absorbed by the legal and political apparatus of empires, which nevertheless entertain with the imperial law and administration complex relations of interaction.

For example, « Portuguese » communities in Bengal or in China, which were out of reach of the formal Empire, went on — well into the 19th century — using Portuguese notaries, writing in Portuguese and using Portuguese documentary templates. For the creole groups, this imitation of Portuguese legal liturgies was also a matter of safeguarding a social status, linked to the use of European political-administrative technologies. The same was true in the Dembos region in Angola, or even in Goa itself, where native Hindus of high castes used the knowledge of European law as a way of strengthening their social power within the native society (30).

This phenomenon of mimicking legal learned *formulae* happened also in the metropolis amidst illiterate communities regarding the liturgies and ways of telling the law in learned courts.

*

As we have already said, law outside the state does not exist

(28) See Gerd SPITTLER, *Streitregelung im Schatten des Leviathans. Eine Darstellung und Kritik methodologischer Untersuchung*, in « Zeitschrift für Rechtssoziologie », 1 (1980), p. 4 ff.

(29) See António Manuel HESPANHA, “*Filhos da terra*”. *Comunidades mestiças nos confins da expansão portuguesa*, Lisboa, Tinta da China, forthcoming, extending ‘Portuguese belonging’ beyond strict political citizenship, but also stressing the fuzzy nature of this belonging.

(30) *Ibid.* The same happened with the Parsi minority in British India; s. Mitra SHARAFI, *Law and Identity in Colonial South Asia. Parsi Legal Culture, 1772-1947*, Madison, University of Wisconsin, 2014.

only in the colonies or in the most backward epochs of European civilization. Also 19th century liberalism proposed and promoted a policy of multiplying the sources of government of society ⁽³¹⁾ — *governance* as opposed to *government*.

This led jurists to embrace theories of a stateless dimensions of law — which previously referred only to past epochs and to marginal territories considered to be retrograde — and to recognize non-state laws (corporative and professional rules, good practices, codes of conduct, usages) ⁽³²⁾. This new interesse of legal circles by stateless law or — as it is sometimes was called — by « new forms of statehood » also had an impact on legal historians, directing their attention to the plurality of systems of social regulation.

The idea of governance brings with it again the need to consider the multiple « textures » of « law » in different normative cultures or traditions. In fact, the establishment of norms of behaviour can be done in various ways — by observing the « nature of things » or traditions (*usus radicatus*), by abiding to religious norms or social conventions (like the Chinese *li*, contrasting the legalistic *fa*), by mimicking exemplary narratives (mythologies, epic, hagiology, « famous lives »), by observing moral literature, by following economic prudence. Not to mention the performative effects of language, discourses and common sense.

One does not need to leave European culture to find all these ways of regulating. The heuristic value of works such as those of Otto Brunner, Edward P. Thompson, Paolo Grossi, Paolo Prodi, Bartolomé Clavero, and others, relates to the fact that they articulate various sources of regulation to reconstitute the sense of order of the traditional European society ⁽³³⁾. In a recent work with great impact, Wim Decock showed how the regulation of contracts in modern times depended, at the same time, on law, on legal doctrine, on moral theology, on business logic, and, finally, on images on self-rule because the so-called « individualism » did not admit arbitrary

⁽³¹⁾ On liberal government and governance, v. M. FOUCAULT, *Il faut défendre la société* (1976), Paris, Gallimard, 1997.

⁽³²⁾ See António Manuel HESPANHA, *Pluralismo jurídico e direito democrático*, Kindle-Amazon, 2013.

⁽³³⁾ See HESPANHA, *A ordem do mundo e o saber dos juristas*, cit.

conducts, but only « honest » (i.e., conform to the nature of things) behaviour ⁽³⁴⁾.

This perspective of a history of law focused on multi-normativity shall be guided by certain methodological canons.

One of them would be the refusal to limit the scope of research by an *a priori* concept of law. Something proposed by legal realism as a key to the renewal of legal theory (Herbert L. Hart ⁽³⁵⁾). Law shall be what social practice recognizes as norms relating to human behaviours. It is the « law in action » (Roscoe Pound, 1910; « lebendiges Recht », E. Ehrlich, 1913; « direito achado na rua », Roberto Lyra Filho, 1986), regardless of the formal rules of law or even of the law declared in the official courts.

Lately, there is a historiographical trend to study judicial law based on the analysis of judicial processes as a way of addressing « the living law » ⁽³⁶⁾ (for example, in colonial or slavery situations ⁽³⁷⁾). However, we are referring here to something beneath this judicial level. Actually, it is often overlooked that judicial suits adopt a style of narrative framed by points of view, versions of facts, evaluations of norms, figures of speech, concepts and words, which are not those of the parties, but those of the clerks and other judicial personnel who translate the original, pre-judicial, claims. Living law

⁽³⁴⁾ S.W. DECOCK, *The Canon Law of Business. Theologians, Canonists, and Their Contribution to Early Modern Commercial Law* (project description), in <https://www.rg.mpg.de/research/the-canon-law-of-business>; ID., *Theologians and Contract Law. The Moral Transformation of the Ius Commune, ca. 1500-1650*, Leiden, Brill, 2012; W. DECOCK, C. BIRR, *Recht und Moral in der Scholastik der Frühen Neuzeit 1500-1750*, Berlin-Boston, De Gruyter, 2016.

⁽³⁵⁾ Herbert L. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1961.

⁽³⁶⁾ The claim of a jurisdiction focused legal history is central in Lauren BENTON, *Law and Colonial Cultures: Legal Regimes in World History, 1400-1900*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002. Probably the most useful idea is that litigation in courts must be incorporated in the centre of political history. The idea had been already present for some three decades in European legal historiography (see Pietro COSTA, *Iurisdiclio: Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)*, Milano, Giuffrè, 1969 (reissued in 2002, with an insightful essay by Bartolomé Clavero).

⁽³⁷⁾ For example, to grasp colonized law through colonial courts documentation; to evaluate slave agency through judicial suits against slave masters.

shall be found at this very bottom level, embracing many norms that a court would not recognize as law.

The other methodological line is to promote a confluence between history of law and comparative law. In both disciplines, a deeper sense of the « local » character of European law and political institutions was gained. Before, the two disciplines were strongly presentist and Eurocentric. Models of contemporary European law and politics tended to be taken as standard for the perception and appreciation of their past or exotic counterparts. Nowadays, it is very clear that they are merely a local instantiation of regulating and controlling, situated in time and in a peculiar cultural space. A version of law that many classify comfortably as a state-focused⁽³⁸⁾, unable to take into account stateless models of law. Actually, it is probable that the shift must be more radical, on order to allow the consideration of models without state, without professionalized jurists, without a separation of law, religion, morals, customs, etc., without organized external enforcement of norms. Whatever the case, both history and comparative law share a program of refusing the categories of law and contemporary western politics as conceptual standards, replacing them with a description and evaluation of the categories of 'local knowledge'⁽³⁹⁾.

In these terms, the comparison between systems — synchronic [comparative law] or diachronic [history of law] — must include a comparison of the underlying cultural system (systemic comparison) of law and politics. Therefore, an atomistic comparison of institutions shall be replaced by a metonymic comparison, which will include the respective surrounding institutional field. In some way, it supposes a descent into the founding levels of cultural anthropology, in order to compare the deep « grammars » from which politics, institutions, and law emerge.

On the other hand, the range of categories to be used by the historians shall be profoundly changed. It is not only that the « local » / « indigenous » categories must be added to the Western

(38) DUVE, *Storia giuridica globale e storia giuridica comparata*, cit.

(39) See Clifford GEERTZ, *Local Knowledge. Further Essays in Interpretive Anthropology*, London, Fontana Press, 1993. See also, Luigi LACCHÈ, *Sulla Comparative legal history e dintorni*, in *Diritto: storia e comparazione*, cit.

current categories. It is also necessary to build careful tables of correspondences between the first and the last ones, pointing out their non-coincidences ⁽⁴⁰⁾, in order to avoid that the old or exotic categories are rendered as familiar and « natural » to the legal culture of the contemporary West. In fact, the spontaneous categories of legal historians are coined within the contemporary Western legal tradition and carry with them their embedded sense, deforming the « exotic » objects to which they are applied, depriving them of their otherness, and, finally, taking implicitly for granted that concepts, classifications, taxonomies, are universal and timeless.

Similar methodological precautions are needed to conceptualize the relationships between legal systems. More than the idea of « influence », « legacy », or « reception » — which presupposes a one-way and, above all, direct relationship — it is necessary to adopt models of description that, on the one hand, emphasize action on both sides, viz., the way in which the cultural system of the recipients filters and modifies the received elements; and, on the other hand, how the image of the receivers in the cultural system of the transmitters models the message they transmit to them.

A few years ago, Catarina Madeira Santos, today a research fellow of the *École de Hautes Études en Sciences Sociales*, Paris, described how the impact of Western images of state and power shaped the institutional building of a capital city in India (Goa). However, it shall be also necessary to study the way locals read institutions, liturgies and political languages set up in Goa as a decisive source of their diagnosis of Portuguese power. Some years later, the same author, now working on native archives of Northern Angola, uncovered unexpected indigenous uses of European legal document templates, from the 17th to 20th centuries ⁽⁴¹⁾.

*

⁽⁴⁰⁾ Thomas Duve speaks of « una cornice analitica per la comparazione (tipologia) » (DUVE, *Storia giuridica globale e storia giuridica comparata*, cit., p. 166).

⁽⁴¹⁾ Catarina MADEIRA SANTOS, « Goa é a Chave de toda a Índia ». *Perfil político da capital do Estado da Índia (1505-1570)*, Lisboa, CNCDP, 1999; EAD., *Écrire le pouvoir en Angola. Les archives ndembu (XVIIe-XXe siècles)*, in « Annales. Histoire, Sciences Sociales », 64 (2009).

What are the core consequences of this multi-normative approach to legal history?

One of them relates to a topic often addressed, but generally in more mythical than realistic terms: the relationship between legal history and « legal sciences ».

Jurists tend to think that law is an object *a se*, a substance. This meaning a normative order endowed with a nature of its own, universal and timeless, which would allow its easy circumscription as an object of study. Moreover, they believe and strongly argue that this object would require a specialized training or sensitivity. Therefore, an indispensable condition for being a competent historian of law would be to have an education in law. The soundness of this argument — often handled with obvious corporate intentions — is the same as those who argue that only physicians can make history of medicine, only artists can have insights on art history, only believers can write religious history. Of course, like any historian, legal historians must know what law is about. But they need not to be experts in legal methodology or dogmatic intricacies of the legal domain they deal with as historians. On the contrary, the focusing on dogmatic or technical knowledge can be responsible for deformations of historiographical objects by imposing today's dogmatic categories and pre-comprehensions to past or exotic legal textures.

Examples are not lacking. The application of the state centred « public law » to periods prior to the 19th century. The « individualist » and « contractualistic » reading of the early modern law of obligations. The rear projection of the voluntaristic and egalitarian categories of dogmatics of today's family law to the domestic order of good old times. The search for the notion of « human rights » in Ancien Régime societies.

The more we encourage the tendency to stress the importance of the « legal component », the more we neglect the need for a permanent care to avoid anachronisms and anachronisms. On the other hand, the more we discourage the studies of legal past by general historians or human and social scientists, the more we reinforce the solipsism that became usual to legal history.

However, if so, does it make sense to include history of law in the training of lawyers? It does, and a lot. One of the main deficits of legal training is its dogmatism. This is, the lack of insistence on the local, situated and contextual character of legal solutions and of the intellectual methods of finding them and of presenting them as « correct » (of legitimating them). Is this mythification of law (namely, of Western law) that led to the tendency to project it on whatever concrete case and in whatever cultural environment. One of the axes of the jurists' spontaneous ideology is the idea of « rationality » of the « invention of law » (*Rechtsfindung*) and, hence, of their timelessness and universality. Beyond this, stands the conviction — today, uncritical, but once supported by an anthropology of the legal profession ⁽⁴²⁾ — that legal education (or even the legal profession) is an enlightenment that opens access to a wisdom closed to the laity. The two things combined generate a tendency for an arrogant approach to life, as if life was there only to be arranged / rationalized by the « priests of the law ». A legal history focused on the plurality of legal cultures, both in time and space, is a way of training a legal observation respectful to the manifold and ambiguous face of law, as it emerges from everyday life in the scattered cultural modules of human action.

⁽⁴²⁾ António Manuel HESPAÑHA, *O modelo moderno do jurista perfeito*, in ID., *A ordem do mundo e o saber dos juristas*, cit., pp. 363-464; ID., *Pluralismo jurídico e direito democrático*, Kindle-Amazon, 2016², ch. 13.1 (*maxime*, p. 199 ff.).

TOMMASO GAZZOLO

KANT E LA NORMATIVITÀ DEL DIRITTO

1. Was ist Recht? — 2. La legislazione « esterna ». — 3. Dovere e essere dovuto. — 4. I doveri di diritto. — 5. La legge universale del diritto. — 6. Problemi e conclusioni.

1. *Was ist Recht?*

La domanda da cui muove la *Rechtslehre* kantiana è forse ancora lontana dall'essere stata compiutamente determinata relativamente al suo interrogare fondamentale, a ciò che in essa viene propriamente domandato. La nostra riflessione verterà, pertanto, su di essa, sul problema articolato al suo interno, più che sulle specifiche risposte e soluzioni presentate da Kant nel corso della sua dottrina del diritto ⁽¹⁾. Per questo sarà necessario concentrarsi, soprattutto, sui primi paragrafi dell'« Introduzione *nella* dottrina del diritto » (*Einleitung in die Rechtslehre*), nel tentativo di individuare

⁽¹⁾ Per una presentazione generale della *Rechtslehre* kantiana, il testo fondamentale rimane W. KERSTING, *Wohlgeordnete Freiheit. Immanuel Kants Rechts- und Staatsphilosophie* (1983), Berlin, de Gruyter, 2011, il quale ha posto per la prima volta la necessità di pervenire ad una « Rehabilitierung der kantischen Rechtsphilosophie » (p. VIII). Si vedano, inoltre, L.A. MULHOLLAND, *Kant's System of Rights*, New York, Columbia University Press, 1990; A.D. ROSEN, *Kant's Theory of Justice*, Ithaca-London, Cornell University Press, 1993; B.S. BYRD, J. HRUSCHKA, *Kant's Doctrine of Right. A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010; J. HRUSCHKA, *Kant und der Rechtsstaat und andere Essays zu Kants Rechtslehre und Ethik*, München, Alber, 2015; B. LUDWIG, *Kants Rechtslehre*, Hamburg, Meiner, 2005². Nella filosofia del diritto italiana, sulla *Rechtslehre* vanno ricordati, perlomeno, il pur risalente N. BOBBIO, *Diritto e Stato nel pensiero di Emanuele Kant*, Torino, Giappichelli, 1957, nonché i più recenti contributi raccolti in *Kant e la filosofia del diritto, Colloquio internazionale per il bicentenario della morte di Immanuel Kant (1804-2004)*. Treviso, 1° ottobre 2004, a cura di M.A. Cattaneo, Napoli, ESI, 2005.

quali siano i tratti propri della domanda kantiana sul diritto, dei suoi « raddoppiamenti » (2), delle sue riarticolarzioni interne.

È, del resto, proprio da un « raddoppiamento » che il testo di Kant muove esplicitamente, se la questione che chiede cosa sia il diritto (*Was ist Recht?*, *quid sit ius*) in tanto può essere posta in quanto si riesca a pensare la sua *differenza* rispetto alla domanda, propria del giurista, del giureconsulto (*Rechtsgelehrte*), che chiede che cosa sia *di* diritto (*quid sit iuris*), ossia « che cosa dicano o abbiano detto le leggi in un certo luogo e in un certo tempo » (3).

La domanda che caratterizza l'attività del giurista presuppone sempre che il diritto *sia*, sia già *dato*, come qualcosa di esistente, laddove ciò che fa problema sono, invece, le serie di questioni che riguardano *ciò che è di diritto* (questioni che, evidentemente, comprendono quella dei criteri di individuazione del diritto valido, delle norme che attribuiscono poteri e competenze, etc.). Per questo tale domanda dà luogo ad una « dottrina del diritto positivo », del diritto in quanto *esistente*, ed esistente *in quanto* posto (*positum*), in quanto riguarda una « legislazione reale » (*wirklich*) (4). Dottrina che, per Kant, andrà considerata come « semplicemente *empirica* », poiché non si dà che a partire dall'*esperienza* che fa del diritto in quanto esistente, non interroga il diritto che a partire dall'*esperienza* che ha di esso.

Lo spostamento kantiano non comincia che da qui, dalla rideterminazione radicale della domanda propria del giureconsulto: chiedersi che cos'è il diritto implica, anzitutto, chiedersi come sia possibile, a che condizioni sia possibile *fare esperienza del diritto* o, nei termini della *Rechtslehre*, sia possibile « stabilire il fondamento (*Grundlage*) di una possibile legislazione (*Gesetzgebung*) positiva ». L'espressione va, naturalmente, spiegata e chiarita. Per il momento, però, occorre anzitutto evitare di intenderla, nonostante il richiamo

(2) Cfr. H. HOFMANN, *Introduzione alla filosofia del diritto e della politica*, trad. it. a cura di G. Duso, Roma-Bari, Laterza, 2003.

(3) I. KANT, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, trad. it. a cura di F. Gonnelli, *Primi principi metafisici della dottrina del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2005, p. 51.

(4) KANT, *Primi principi metafisici della dottrina del diritto*, cit., p. 51. Cfr., sul tema, W. NAUCKE, *Kants Kritik der empirischen Rechtslehre*, Stuttgart, Steiner, 1996.

che nella pagina Kant fa al diritto « giusto », come se essa rispondesse ad una domanda *deontologica* sul diritto (come il diritto deve o dovrebbe essere). « Giusto » traduce, qui, *Recht*, nonché l'espressione latina *iustum*. È vero che, nel lessico della *Rechtslehre*, *Recht* definisce un fatto « in quanto esso sia conforme o contrario al dovere » — il *rectum* in quanto *licitum* —, mentre *gerecht* (*iustum*) attiene a quell'azione che si dice giusta (*Recht*) in relazione a « leggi esterne » (*leges externae*) (5). Ma, nel passo in questione, Kant intende come sinonimi *Recht* e *iustum*, e ciò perché — in ultima istanza — il problema del diritto « giusto » coincide con il problema dell'« essere » stesso del diritto, del *quid sit iuris*. Se il « giureconsulto » non saprebbe, allora, indicare se ciò le leggi dispongono sia « anche giusto », ciò non significa altro che l'impossibilità, per una dottrina del diritto considerato unicamente *in quanto* posto, di comprendere ciò che rende possibile il diritto stesso, ciò che fa del diritto ciò che esso è. Si tratta, in altri termini, di un solo e unico problema: quello di determinare i principi (*a priori*) in forza dei quali è possibile il diritto *in quanto* diritto (e non in quanto altro da sé: comando dell'autorità, « fatto », pratica sociale, etc.), è possibile « una legislazione esterna » (6). Legislazione *esterna*, si ricorda, non

(5) KANT, *Primi principi metafisici della dottrina del diritto*, cit., p. 41. Non si vuole, in tale modo, evitare l'ulteriore « raddoppiamento » — o la *disemía*, come la definiscono Conte e Di Lucia — della domanda kantiana: nel chiedersi *quid ius?*, che cos'è il diritto?, Kant articola certamente anche una domanda su « che cos'è il giusto ». Ma, come qui tenderemo di mostrare, tale ultima domanda resta interna, a nostro avviso, alla domanda *ontologica* sul diritto, ossia alla determinazione di ciò che il diritto è (e non di ciò che esso deve essere). Cfr., sul punto, A.G. CONTE, P. DI LUCIA, *Il paradigma Quid ius? vs. Quid iuris?: oltre Immanuel Kant*, in « Rivista teologica di Lugano », XII (2007), 3, pp. 445-458; A.G. CONTE, *Immanuel Kant: sette domande di filosofia filosofica del diritto*, in « Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto », LXXXV (2008), pp. 1-11. In questo senso, la nostra lettura si discosta radicalmente dalla prospettiva seguita da BOBBIO, *Diritto e Stato nel pensiero di Emanuele Kant*, cit., p. 119 (« non ci può essere dubbio sul fatto che il problema che Kant si accinge a risolvere con la sua definizione non è quello di ciò che è il diritto, ma quello di ciò che il diritto deve essere, [...] quello che dovrebbe essere il diritto per corrispondere all'ideale di giustizia »).

(6) Cfr. anche I. KANT, *Lezioni sul diritto naturale (Naturrecht Feyerabend)*, a cura di N. Hinske e G. Sadun Bordoni, Milano, Bompiani, 2016, pp. 86-87: « Un'azione è retta, quando è in accordo con la legge, giusta quando è in accordo con le leggi della coazione, cioè con le dottrine del diritto » (*Eine Handlung ist recht, wenn sie mit dem*

significa, nel lessico kantiano, legislazione « positiva », ma il diritto stesso, o meglio il modo dell'obbligo (*die Art der Verpflichtung*) che è *proprio* del diritto, ciò che caratterizza la sua maniera di obbligare. Dovremo tornare su questo punto. Per il momento, però, vale la pena precisare il fatto che chiedersi, per Kant, cosa renda *giusto* il diritto positivo, non significa altro che chiedersi che cosa renda il diritto tale (cioè *diritto*, e non altro), a che condizioni (*a priori*) qualcosa come il diritto (ossia una legislazione esterna) sia possibile.

Questa problematica riguarda dunque le condizioni di possibilità del diritto, ossia di ciò che fa sì che *del* diritto possa farsi esperienza in quanto *diritto*, e non in quanto « fatto », semplice comando posto dal legislatore. Del resto, per poter dire che cosa sia *di diritto*, occorre già conoscere che cosa il diritto sia, che cosa faccia sì che, di una legge, possa farsi esperienza in quanto legge *giuridica*. E tale conoscenza non può che *precedere* l'esperienza del diritto, dal momento che la rende possibile. Diremo, nei termini propri della critica: se, o dal momento che, si dà esperienza del diritto, si dà cioè scienza giuridica e conoscenza del diritto, il problema fondamentale resta quello di capire come essa sia possibile (7).

È necessario, però, evitare di pensare la domanda kantiana

Gesetz übereinstimmt, *gerecht*, wenn sie mit den Gesetzen des Zwanges übereinstimmt, d. i. mit den Rechtslehren übereinstimmt). Sulla progressiva elaborazione della dottrina del diritto da parte di Kant, si rinvia, oltre che al saggio introduttivo di Sadun Bordoni al *Naturrecht Feyerabend*, a P.-A. HIRSCH, *Kants Einleitung in die Rechtslehre von 1784. Immanuel Kants Rechtsbegriff in der Moralvorlesung "Mrongovius II" und der Naturrechtsvorlesung "Feyerabend" von 1784 sowie in der "Metaphysik der Sitten" von 1797*, Göttingen, Universitätsverlag, 2012; G. ZÖLLER, "Allgemeine Freiheit". *Kants Naturrecht Feyerabend über Wille, Recht und Gesetz*, in *Das Verhältnis von Recht und Ethik in Kants praktischer Philosophie*, a cura di B. Dörflinger, D. Hüning, G. Kruck, Hildesheim, Georg Olms, 2017, pp. 71-88. Sulla possibilità di far risalire al periodo precritico la definizione kantiana del diritto, cfr. anche C. RITTER, *Der Rechtsgedanke Kants nach den frühen Quellen*, Frankfurt a. M., Klostermann, 1971.

(7) Cfr., sul punto, S. GOYARD-FABRE, *Kant et l'idée pure du droit*, in « Archives de philosophie du droit », 26 (1981), p. 139. Come viene correttamente osservato dall'autrice, il criticismo kantiano non si costituisce che facendosi propriamente *giuridico*, come riflessione sulle condizioni di diritto (*quid juris?*) e non di fatto (*quid facti?*). Questo passaggio dall'ordine del fatto a quello del diritto si declina, nella *Rechtslehre*, come « le passage de règles de droit en leur positivité au droit en sa normativité » (p. 140).

come se essa fosse limitata a rispondere al problema di ciò che assicura la *conoscenza* del diritto in quanto diritto: se essa dà luogo, come Kant scrive, ad una « metafisica », è perché, ad essere pensato e interrogato, è il problema della *determinazione* della giuridicità del diritto, dell'« essere » del diritto, di ciò che lo rende tale (*ontologia*). Le condizioni di possibilità sono ciò che determinano il diritto in quanto tale ⁽⁸⁾. Non si tratta, sia chiaro, di condizioni di « esistenza », nel senso che — senza di esse — non vi sarebbe il *fatto* del diritto. Come si è accennato, e come vedremo qui di seguito, il diritto *positivo*, a rigore, esiste, è « reale » (*wirklich*), per il solo fatto di essere posto da un'autorità, e non perché risponda a date condizioni *a priori*. Ma — è questo il punto — non è in forza di tale « posizione » che esso può esistere come diritto, che si possa fare esperienza di esso *in quanto* diritto. Il diritto positivo esiste, ma come un *fatto* (il fatto del diritto).

Un passo della *Rechtslehre*, da leggersi con l'attenzione che merita, chiarisce quest'ultimo punto. Se, osserva Kant, chiamiamo « esterne » (*externae*) le leggi per le quali è possibile una legislazione esterna (ossia il diritto), rispetto ad esse occorre distinguere tra quelle leggi — che egli chiama naturali (*natürliche*) ⁽⁹⁾ — la cui

⁽⁸⁾ Kervegan ricorda come quel che viene determinato *a priori*, dalla ragione, non sia il *contenuto* della norma, ma la sua obbligatorietà: la ragione, scrive, non è « la source des normes; elle est seulement la source du caractère obligatoire (*Verbindlichkeit*) qu'elles présentent lorsqu'elles sont valides ». Ciò, secondo l'autore, non sarebbe che la conseguenza della funzione normativa che definisce la ragione in quanto pratica in Kant, funzione che non consisterebbe tanto nella posizione di norme (« produire des normes d'action dotées d'un contenu déterminé »), quanto di fornire un *instrument de reconnaissance*: « la fonction pratique de la raison consiste à appliquer aux propositions normatives [...] un test de reconnaissance permettant d'établir de manière apodictique leur validité » (cfr. J.-F. KERVEGAN, *Remarques sur la théorie kantienne de la normativité, en particulier juridique*, in *Recht und Frieden in der Philosophie Kants*. Akten des X. Internationalen Kant-Kongresses, Band 1: Hauptvorträge, a cura di V. Rohden, R.R. Terra, G.A. de Almeida, M. Ruffing, Berlin-New York, De Gruyter, 2008, pp. 157-179). Rispetto a tale proposta di lettura, occorre tuttavia, a nostro avviso, insistere sul fatto che la *Rechtslehre* non risponde semplicemente al problema di *riconoscere* quali norme siano valide, quanto di *determinarle* come valide o — nei termini più propriamente kantiani — di determinare le condizioni alle quali il diritto può essere diritto.

⁽⁹⁾ Non è possibile, in tale sede, dar conto e commentare la distinzione kantiana tra *Naturrecht* e *natürliches Recht*, su cui rinviamo, qui, a F. GONNELLI, *La filosofia politica*

obbligazione (*Verbindlichkeit*) può essere conosciuta *a priori* dalla ragione, anche senza l'intervento di una legislazione esterna, e le leggi « positive »⁽¹⁰⁾, ossia quelle leggi che *non obbligano* (e che dunque non sono neppure leggi) se non in forza del fatto di essere poste da un atto del legislatore. *Verbindlichkeit*, qui, si riferisce all'*obligatio* in ciò che essa prescrive, indica cioè il *contenuto* dell'obbligazione: in questo senso, la differenza tra le leggi naturali e quelle positive consiste nel fatto che, per sapere *ciò* che le prime prescrivono, l'azione che esse rendono obbligatoria, non occorre la promulgazione da parte di un legislatore. Nel momento, però, in cui Kant procede nell'argomentazione, il problema, e con esso il significato dei termini, si ridetermina e ridefinisce: « potrebbe quindi essere pensata una legislazione esterna che contenesse semplicemente leggi positive; ma allora dovrebbe essere preceduta da una legge naturale che fondasse l'autorità del legislatore (ossia l'autorizzazione a obbligare altri per mezzo del suo semplice arbitrio) »⁽¹¹⁾. Se, dunque, è impossibile un diritto che non consista in altro che in leggi positive, è perché esso non potrebbe mai porre, unitamente all'obbligo (*obligatio*), l'obbligatorietà dell'obbligo (ciò che Kant chiama *Verpflichtungsgrund*, o *ratio obligandi*).

La norma può prescrivermi che cosa devo fare, ma sarà solo in forza di un'altra norma che io avrò anche l'obbligo di obbedire ad essa. Se sarà Kelsen — nel suo recupero dei temi neo-kantiani⁽¹²⁾ — ad articolare sino alle sue estreme conseguenze tale questione, il

di Kant, Roma-Bari, Laterza, 1996, pp. 45 e ss. Sul passo in questione, cfr. U. POMARICI, "Un'arte divina". *Il diritto fra natura e libertà nella filosofia pratica kantiana*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2004, pp. 152-154.

⁽¹⁰⁾ KANT, *Primi principi metafisici della dottrina del diritto*, cit., p. 43.

⁽¹¹⁾ *Ibidem*.

⁽¹²⁾ Si rinvia, sull'argomento, a S. GOYARD-FABRE, *Kelsen e Kant. Saggi sulla dottrina pura del diritto*, trad. it. di M. Pennasilico, Napoli, ESI, 1993; S. HAMMER, *A Neo-Kantian Theory of Legal Knowledge in Kelsen's Pure Theory of Law?*, in *Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, a cura di S.L. Paulson, Oxford, Oxford University Press, 1999, pp. 177-194; S.L. PAULSON, *Konstitutive und methodologische Formen. Zur Kantischen und neukantischen Folie der Rechtslehre Hans Kelsens*, in *Kant im Neukantianismus. Fortschritt oder Rückschritt?*, a cura di M. Heinz, C. Krijnen, Würzburg, Königshausen & Neumann, 2007, pp. 149-165, nonché ai contributi presenti in *Neukantianismus und Rechtsphilosophie*, a cura di R. Alexy et alii, Baden Baden, Nomos, 2002.

problema è qui già delineato, nei suoi termini essenziali. Il *fatto* dell'autorità del legislatore, pertanto, non può costituire una soluzione al problema, dal momento che occorrerebbe pur sempre una norma — la cui esistenza sarebbe esclusa da quello stesso fatto — per giustificare l'obbligo di obbedire a ciò che il legislatore stabilisce. In definitiva, dunque, non è per una legge positiva che il diritto può essere diritto — ossia: che il diritto può essere reso « assolutamente obbligatorio »⁽¹³⁾, può fondare *in se stesso* la propria *ratio obligandi*. Come si è anticipato, tale determinazione del diritto in quanto diritto, non può, secondo Kant, che avvenire *a priori*, prima, cioè, di ogni esperienza di ciò che è *di diritto*, esperienza che, del resto, è solo essa a rendere, propriamente, possibile. Il concetto di diritto, in tal senso, costituisce un « concetto puro », per quanto « rivolto alla prassi »⁽¹⁴⁾, da determinarsi *a priori*. La domanda su che cosa « è » il diritto interroga, allora, ciò che rende il diritto tale, la normatività della norma — o, nei termini kantiani, la doverosità del dovere proprio di quella legislazione esterna che è il diritto. Tale è — a nostro avviso — la specifica *problematica* (ossia il sistema di domande che determinano le risposte date) propria della « dottrina del diritto » kantiana, e che riguarda la determinazione (trascendentale) di ciò che rende il diritto diritto (ontologia)⁽¹⁵⁾.

È in questi termini che va intesa la definizione kantiana: « l'insieme delle leggi per cui è possibile una legislazione esterna si chiama *dottrina del diritto (ius)*. Se una tale legislazione è reale, allora

(13) Così, correttamente, W. NAUCKE, *La dottrina pura del diritto di Kant*, trad. it. di D. Siciliano, in *Kant e la filosofia del diritto*, a cura di M.A. Cattaneo, cit., p. 25: « Punto di partenza delle riflessioni di Kant è la questione: in quale modo il diritto può essere reso assolutamente obbligatorio ».

(14) Qui passa la differenza essenziale con la ripresa neo-kantiana kelseniana: se quella di Kant, infatti, è una « dottrina del diritto puro », quella di Kelsen si presenta, diversamente, come una « dottrina pura del diritto ».

(15) *Rechtslehre* non indica, dunque, semplicemente una dottrina *sul* diritto — assunto come oggetto *esterno* —, abbia poi o meno intenti descrittivi (teoria di ciò che il diritto è) o prescrittivi (teoria di ciò che il diritto dovrebbe essere) (come suggerisce invece, T.W. POGGE, *Is Kant's Rechtslehre a Comprehensive Liberalism?*, in *Kant's Metaphysics of Morals. Interpretative Essays*, a cura di M. Timmons, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 140). Indica, diversamente, una dottrina *del* diritto, ossia ciò che definisce l'insieme delle condizioni alle quali il diritto è possibile, alle quali esso può essere determinato come diritto.

essa è dottrina del *diritto positivo* »⁽¹⁶⁾. Vediamone la parafrasi: la dottrina del diritto consiste in quelle *leggi* — quelle determinazioni normative che sono proprie della ragion pura pratica — in forza delle quali il diritto è *possibile* come diritto, attraverso cui, cioè, è possibile fare esperienza del diritto nella sua *giuridicità*, in ciò che lo caratterizza come tale (e non altrimenti, come un « fatto », o una serie di prescrizioni condizionate, etc.).

Il diritto *esistente*, si ricordi, è sempre, per Kant, unicamente il diritto positivo, il diritto in quanto *posto*: il suo *essere* è la sua posizione (*Position*), dove qui, per « essere », va inteso l'« esistere » (*Dasein*) del diritto. Ma Kant, lo si è visto, chiama questa « posizione » del diritto — ciò che ne determina l'esistenza — « legislazione reale » (*wirklich*), dove « reale » indica la realtà come *Wirklichkeit*, realtà « effettiva ». Diverso problema è quello proprio della *Rechtslehre*, la quale ha il compito di definire le condizioni alle quali il diritto è *possibile* come diritto; condizioni che attengono certamente alla « realtà » del diritto, intesa però non nei termini di una categoria della modalità⁽¹⁷⁾, ma nel suo senso di *realitas*, *Realität*, ossia di ciò che caratterizza e determina l'« essere » proprio del diritto⁽¹⁸⁾. È nota la tesi kantiana secondo cui l'essere, inteso come *Dasein*, esistere, non è un predicato *reale*⁽¹⁹⁾. Nei termini che qui interessano, ciò significa: il fatto che il diritto *esista*, ed esista come « posto » (come diritto *positivo*), non ci dice nulla relativamente a quel che fa di esso ciò che è — ossia diritto —, non ci dice nulla dei

⁽¹⁶⁾ KANT, *Primi principi metafisici della dottrina del diritto*, cit., p. 51.

⁽¹⁷⁾ Cfr. I. KANT, *Kritik der reinen Vernunft*, trad. it. di G. Gentile e G. Lombardo-Radice, *Critica della ragion pura*, Roma-Bari, Laterza, 2005, p. 184: « Le categorie della modalità hanno questo di particolare, che non accrescono menomamente, come determinazioni dell'oggetto, il concetto al quale sono unite come predicati, ma esprimono soltanto il rapporto colla facoltà conoscitiva. Quando il concetto di una cosa è già del tutto completo, io posso tuttavia chiedermi sempre, se questo oggetto sia solamente possibile o reale, e, in questo caso, se sia anche necessario ».

⁽¹⁸⁾ Sulla distinzione tra *Realität* e *Wirklichkeit* in Kant, si rinvia, per una introduzione, a H. HOLZEY, *Das philosophische Realitätsproblem: Zu Kants Unterscheidung von Realität und Wirklichkeit*, in *200 Jahre Kritik der reinen Vernunft*, a cura di J. Kopper, W. Marx, Hildesheim, Olms, 1984, pp. 79-112.

⁽¹⁹⁾ Si veda, sul punto, M. HEIDEGGER, *La tesi di Kant sull'essere*, in *Id.*, *Segnavia*, a cura di F.-W. von Hermann, ed. it. a cura di F. Volpi, Milano, Adelphi, 1987, pp. 393-427.

suoi predicati « reali », degli attributi, delle proprietà che esso ha *in quanto* diritto, che deve avere per essere diritto.

L'esistenza (la *posizione* del diritto, il suo essere-posto) dice solo che (*daß*) il diritto è, ma non dice nulla di ciò che (*was*) esso è. La *Rechtslehre*, dunque, va definita come l'insieme delle leggi (*a priori*) per mezzo delle quali si rende *possibile* l'« essere » del diritto o — in termini più corretti — l'oggettività dell'oggetto, e cioè, per quanto qui ci riguarda, la giuridicità del diritto. Il diritto è *possibile* nella misura in cui si accorda con quelle leggi, che costituiscono pertanto le condizioni dell'esperienza del diritto *in quanto* diritto. Se vogliamo definire tali condizioni *formali* — in linea con la distinzione tra possibilità e realtà che è propria dei postulati del pensiero empirico generale —, occorre però intendersi. Esse si dicono « formali » in quanto definiscono il concetto del diritto, il diritto in quanto *concetto*, mentre non ne determinano, di per sé, la sua esistenza (la quale dipende, diversamente, dal suo essere-posto dal legislatore); non determinano il fatto se *vi sia* diritto, se nella realtà effettiva esista o meno del diritto (esistano o meno determinate leggi, con determinati contenuti). Si tratta, piuttosto, delle condizioni (*a priori*) alle quali è possibile fare esperienza di quel diritto — di quel diritto che è posto, che esiste in quanto dato — *in quanto* diritto, riconoscendolo, rapportandosi ad esso in quanto diritto, e non in quanto un « comando » del legislatore, mero *fatto* della sua posizione da parte dell'autorità. Sono condizioni, in ultima istanza, che definiscono quella serie di caratteristiche, di proprietà, che il diritto positivo, il diritto esistente deve possedere affinché di esso possa farsi esperienza in quanto diritto, affinché, cioè, vi sia *esperienza giuridica*.

Questo è il punto essenziale: l'esperienza che posso fare *dell'esistenza* di una data norma non è di per sé giuridica, non è che l'esperienza di un fatto (il *fatto* che c'è, che esiste una certa norma). Sarà giuridica, diremo, solo laddove sia per me possibile fare esperienza della normatività della norma, ossia della sua obbligatorietà (esperienza, cioè, non dell'esistere di quel dovere, ma del dovere di rispettare quel dovere). Ciò mette, certamente in gioco anche un'interpretazione possibile dell'illuminismo giuridico kantiano. Il diritto, sotto tale profilo, costituisce un *limite* al potere non perché quest'ultimo non possa liberamente porre il diritto che vuole,

ma perché di esso, in quel caso, non ne farei esperienza — in quanto destinatario — se non nei termini di un fatto, dell'arbitrio del potere stesso, qualcosa di meramente *im-posto*.

2. La legislazione « esterna ».

La distinzione tra leggi « morali » e leggi « giuridiche », nella *Rechtslehre*, è un punto sul quale il testo kantiano ritorna a più riprese, soprattutto nella parte introduttiva. Giuridiche, *juridisch*, sarebbero quelle « leggi della libertà » in quanto esse siano « dirette a semplici azioni esterne e alla conformità di queste ultime alla legge » (20). Come la legge morale, anche quella giuridica si determina come tale, ossia come *legge*, nella misura in cui « rappresenti oggettivamente l'azione che deve accadere come necessaria » (21), ossia facendo di quell'azione qualcosa di dovuto.

Anche per la legge giuridica, pertanto, l'azione è posta *come* dovuta non attraverso la rappresentazione di un fine che possa essere raggiunto attraverso essa, ma « con la semplice rappresentazione di questa medesima azione (con la sua forma), dunque immediatamente ». Diversamente dalla morale, tuttavia, la legge giuridica non fa del dovere — a cui l'azione è eretta — il movente (*Triebfeder*) dell'azione stessa, ossia il motivo per il quale l'arbitrio del soggetto si *determina* a compierla. È tale caratteristica che definisce quella giuridica come legislazione *esterna*: essa obbliga « esternamente », nel senso che fa di un'azione un dovere senza, per questo, fare di quel dovere il motivo determinante (*Bestimmungsgrund*) per il quale il soggetto si conforma all'azione stessa.

La distinzione interno/esterno, dunque, non riguarda l'azione in sé, né il suo carattere obbligatorio, ma, diversamente, il « modo dell'obbligo », ossia la maniera in cui la legge obbliga. La legalità rappresenta, sotto tale profilo, l'accordo dell'azione con la legge del dovere (*Pflichtgesetze*), laddove la moralità esprime l'accordo della « massima dell'azione » con essa (22). Non possiamo, in tale sede, riprendere e discutere compiutamente quello che è stato — di fatto

(20) KANT, *Primi principi metafisici della dottrina del diritto*, cit., p. 21.

(21) Ivi, p. 29.

(22) Ivi, p. 31.

— il problema più a lungo dibattuto della concezione kantiana del diritto, ossia quello della sua *distinzione* dalla morale, di ciò che definisce la autonomia della legge giuridica ⁽²³⁾. Dobbiamo, necessariamente, limitarci a interrogare alcuni aspetti, alcuni punti specifici propri della questione relativa al « giuridico », alle sue determinazioni fondamentali — nella convinzione che, più che un « criterio » di distinzione, la differenza tra diritto e morale si produca, nel testo kantiano, attraverso *più* scarti, più « passaggi » interni.

Se, infatti, il diritto obbliga *oggettivamente*, nel senso che non riferisce mai il dovere al movente dell'azione, non attiene al dovere di « *compiere* azioni solo *perché* sono doveri » ⁽²⁴⁾, la distinzione rispetto alla morale, tra legislazione interna ed esterna, può essere però rideterminata, svolgendo le implicazioni teoriche di tale posizione iniziale. Ricominciamo, allora, dalla morale, e da alcune considerazioni su di essa. Per Kant, è solo *per* la legge che si è

(23) Con una necessaria semplificazione, si ricorda come il dibattito relativo ai rapporti tra teoria del diritto e morale in Kant abbia visto, tradizionalmente, opporsi una linea interpretativa favorevole a vedere una connessione o implicazione, reciproca o meno, tra l'imperativo categorico e il principio universale del diritto (a tale linea appaiono riconducibili, pur con rilevanti differenze, le ricerche di W. Kersting, B. Ludwig, F. Tretter, H. Oberer, P. Guyer), ad una lettura che, invece, tende a negare l'esistenza di una relazione tra diritto e morale nella filosofia kantiana (J. Ebbinghaus, K. Reich, G. Geismann, M. Willaschek, A. Wood, T. Pogge, A. Ripstein). Sul tema, e nell'impossibilità di dar conto esaurientemente del dibattito, si rinvia, perlomeno, ai contributi di S. BAIASU, *Right's Complex Relation to Ethics in Kant: The Limits of Independentism*, in « Kant-Studien », 107 (2016), 1, pp. 2-33; A. RIPSTEIN, *Force and Freedom: Kant's Legal and Political Philosophy*, Cambridge, Harvard University Press, 2009; G. SEEL, *How Does Kant Justify the Universal Objective Validity of the Law of Right?*, in « International Journal of Philosophical Studies », 17 (2009), 1, pp. 71-94; D. VON DER PFORDTEN, *Kants Rechtsbegriff*, in « Kant-Studien », 98 (2007), 4, pp. 431-442; M. BAUM, *Recht und Ethik in Kants praktischer Philosophie*, in *Kant in der Gegenwart*, a cura di J. Stolzenberg, Berlin, De Gruyter, 2006, pp. 213-226; O. HÖFFE, *Der kategorische Rechtsimperativ 'Einleitung in die Rechtslehre'*, in *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, a cura di O. Höffe, Berlin, Akademie, 1999, pp. 41-62. Nella letteratura italiana più recente, si veda — anche per una discussione critica delle diverse posizioni richiamate — A. PONCHIO, *Etica e diritto in Kant. Un'interpretazione comprensiva della morale kantiana*, Pisa, ETS, 2011; A. PINZANI, *Sul rapporto tra morale, politica e diritto in Kant: alcune precisazioni*, in M. MONETTI, A. PINZANI, *Diritto, politica e moralità in Kant*, Milano, Bruno Mondadori, 2004, pp. 90-106.

(24) KANT, *Primi principi metafisici della dottrina del diritto*, cit., p. 35.

liberi ⁽²⁵⁾: è, cioè, solo in quanto c'è, si dà, la legge morale (*Tu devi*), la quale prescrive alla volontà di essere libera, di agire in maniera tale da determinarsi da sé, che tale *volontà* si conosce come libera. È per la legge, dunque, che la ragione si può *rendere* libera, pratica per se stessa, come facoltà di essere legge a se stessa. Certamente, se è solo per la legge che la volontà è libera (*ratio cognoscendi*), ciò è vero nella misura in cui solo per la libertà può esistere la legge (*ratio essendi*): la legge, infatti, non potrebbe che rivolgersi ad una volontà di cui assume la libertà, presupponendo, cioè, una volontà che si sia già disposta a non cominciare che a partire dalla legge che essa stessa si darà.

Occorre sapersi mantenere all'interno di tale circolarità, senza la quale si rischia di concludere, impropriamente, che l'imperativo kantiano ingiunga di comportarsi *secondo* la legge, *in conformità* con essa. Così tuttavia non è. La legge morale, infatti, non prescrive alcun contenuto, ma, al contrario, ingiunge alla volontà di non determinarsi a partire da alcun « contenuto », ma solo *da se stessa* (e quindi dal *nulla* che essa è ⁽²⁶⁾). Se dunque la volontà si rivolge a se stessa, non per questo essa si dà da se stessa la propria legge — come se ne determinasse il contenuto, come se fosse l'« autrice » della legge ⁽²⁷⁾. Come la formulazione in seconda persona dell'imperativo (*Agisci*) lascia intendere, la volontà non è già in accordo con se stessa: essa è volontà che si obbliga alla *propria* libertà, proprio perché essa non è già « libera », ma sempre e soltanto *deve essere* libera. La legge della libertà non è che la libertà come legge, come il suo proprio dover-essere (*Sollen*), e nient'altro che questo. Ma resta irriducibile e ineliminabile la non corrispondenza tra la ragione in quanto destinatore (soggetto d'enunciazione: *Io posso*) e quella

⁽²⁵⁾ Cfr., sul punto, V. VITIELLO, *Grundnorm. Kelsen e l'infondata fondazione del diritto*, in Id., *Ripensare il Cristianesimo. De Europa*, Torino, Ananke, 2008, pp. 209-228. Si veda anche il saggio fondamentale di F. CHIEREGHIN, *Autonomia e finitezza nel soggetto morale kantiano*, in *Percorsi kantiani nel pensiero contemporaneo*, a cura di R. Perini, M. Millucci, Perugia, Morlacchi, 2007, pp. 57-73.

⁽²⁶⁾ Cfr. V. VITIELLO, *Heidegger e la morale kantiana*, in *Heidegger e la Filosofia pratica*, a cura di P. Di Giovanni, Palermo, Palumbo, 1994, pp. 267-305.

⁽²⁷⁾ Sul punto — e sulla differenza, in Kant, tra « autore della legge » e « legislatore » — si veda S. BACIN, *Legge e obbligatorietà: la struttura dell'idea di autolegislazione morale in Kant*, in « Studi kantiani », XXVI (2013), pp. 55-70.

stessa ragione in quanto destinataria (soggetto dell'enunciato: *Tu devi*), tra la ragione che legifera e la ragione che obbedisce.

Quando Kant insiste sul fatto che la legge morale ha per contenuto la propria forma, dice esattamente questo: la legge non prescrive *che cosa* devo fare, ma pone se stessa come il proprio contenuto, si costituisce come la *legge della legge*, il dover-essere del dover-essere. Per questo la libertà è *per* la legge: perché solo attraverso la legge diviene possibile quella libertà di cui non c'è alcuna esperienza *nel* mondo dei fenomeni, ossia nell'*essere*, *in ciò che accade* (« perché l'esperienza ci manifesta soltanto la legge dei fenomeni, e quindi il meccanismo della natura, il quale è affatto l'opposto della libertà » (28)). Si tratta di un punto essenziale. Il *Sollen* — ossia il dover-essere proprio della morale — *non accade*, non può accadere (perché, in tal modo, non sarebbe più tale, non sarebbe più quel dover-essere che deve-essere, ma un dover-essere che è), tanto che, a rigore, come Kant stesso nota, nel mondo *nessuna azione* morale potrebbe dirsi con sicurezza che sia stata *compiuta*, che si sia realizzata (29). Per questo la legge morale segna, in Kant, « il totale scioglimento del *Sollen* dal *Sein*, del « dover-essere » dall'« essere », perché anche là, dove il comando della legge, il « dover essere », non si realizza, esso non soltanto non viene meno, ma addirittura s'impone con maggior forza » (30).

La legge morale è dunque ciò che rende possibile — come *ratio cognoscendi* — la *libertà interna*, ossia la libertà nella misura in

(28) I. KANT, *Kritik der praktischen Vernunft*; trad. it. di F. Capra, *Critica della ragion pratica*, Roma-Bari, Laterza, 1997, p. 61.

(29) Cfr. I. KANT, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*; trad. it. di F. Gonnelli, *Fondazione della metafisica dei costumi*, Roma-Bari, Laterza, 1997, pp. 43-45: « In realtà, attraverso l'esperienza è assolutamente impossibile stabilire con piena certezza anche un solo caso in cui la massima di un'azione per ogni verso conforme al dovere abbia riposato esclusivamente su fondamenti morali e sulle rappresentazioni del proprio dovere ». Questo è il « male radicale »: « quello *Hang* (*propensio*) *zum Bösen*, per cui nessun uomo è mai certo che, anche nella più conforme alla legge morale delle sue azioni, alla radice non stia qualcosa di ben diverso dalla purezza dell'intento morale » (A. CARACCIOLO, *Kant e il nichilismo*, in ID., *Pensiero contemporaneo e nichilismo*, Napoli, Morano, 1976, p. 24).

(30) V. VITIELLO, *Il potere della legge*, in *Morte della sovranità*, a cura di L. Basile, Roma, Inschibboleth, 2016, p. 70.

cui essa si estrinseca non nell'azione *che* è realizzata ⁽³¹⁾, ma nell'azione in quanto *deve essere* realizzata. Non posso mai dire morale — e dunque, a rigore, « libera » — l'azione che si è compiuta, ma soltanto l'azione che si deve compiere ⁽³²⁾.

Della libertà *esterna*, nel suo « uso esterno », ossia della libertà in quanto si esprime, si estrinseca nell'azione che *si compie*, non posso, allora, averne esperienza che per la legge giuridica ⁽³³⁾. La morale non riguarda in alcun modo, infatti, l'azione compiuta, e quindi il suo carattere o meno « dovuto », ma unicamente il *Sollen*, il dover-essere dell'azione. Di per se stessa, allora, la legge morale non « prova », perché non vi si riferisce, la libertà nel suo uso esterno, intesa sia in senso negativo (come facoltà di agire senza essere ostacolato dall'azione altrui) che in senso positivo (come facoltà di potersi affermare quale « autore » di una certa azione).

Il diritto, sotto tale aspetto, non ha semplicemente il compito di limitare la libertà di ciascuno, alle condizioni che Kant definisce: in senso proprio, esso è ciò che rende possibile quella libertà. È *per* la legge giuridica, *per* il diritto che posso fare esperienza del fatto che, nella mia relazione con gli altri, io agisco liberamente. Dal punto di vista, perlomeno, di ciò che posso sapere, non c'è libertà

⁽³¹⁾ KANT, *Fondazione della metafisica dei costumi*, cit., p. 45: « quando si tratta del valore morale non sono in questione le azioni (*es nicht auf die Handlungen ankommt*), che si vedono, ma quei loro principi interni, che non si vedono ».

⁽³²⁾ Cfr. I. KANT, *Sul detto comune: questo può essere giusto in teoria, ma non vale per la prassi*, in ID., *Scritti di storia, politica e diritto*, a cura di F. Gonnelli, Roma-Bari, Laterza, 1995, p. 132: « In effetti, ammetto di buon grado che nessun uomo potrebbe con certezza giungere a sapere di *aver compiuto* il suo dovere del tutto disinteressatamente [...]. Ma che l'uomo *debba compiere* il suo dovere del tutto disinteressatamente e che gli *sia necessario* separare completamente il suo desiderio di felicità al concetto del dovere per possedere quest'ultimo in modo del tutto puro, di ciò egli è consapevole con la massima chiarezza ».

⁽³³⁾ Lo ha perfettamente sottolineato J.K. ULEMAN, *External Freedom in Kant's Rechtslehre: Political, Metaphysical*, in « Philosophy and Phenomenological Research », 68 (2004), 3, pp. 578-601. Per il concetto di « libertà », in Kant, si veda però anche il classico studio di N. BOBBIO, *Kant e le due libertà*, in ID., *Da Hobbes a Marx. Saggi di storia della filosofia*, Napoli, Morano, 1965, pp. 147-163, nonché W. BECK, *Five Concepts of Freedom in Kant*, in *Stephan Körner — Philosophical Analysis and Reconstruction*, a cura di J.T.J. Szrednicki, Nijhoff International Philosophy Series, 28, Dordrecht, Springer, 1987, pp. 35-51.

(esterna) *prima* della legge in quanto giuridica. *Devi, dunque puoi*, vale anche per il diritto: in assenza, cioè, dell'azione come *dovuta*, non potrei mai fare esperienza della mia libertà « esterna », perché tutte le azioni apparirebbero come *determinate*, naturalisticamente, dalla legge di causalità. Senza la legge giuridica — senza l'istituzione della realtà giuridica — non potrei mai fare esperienza della libertà nel suo rapporto con le altre libertà (potrei fare solo l'esperienza morale della mia libertà, nei suoi doveri verso gli altri).

3. *Dovere e essere dovuto.*

La separazione interno/esterno, dunque, si riferisce, anzitutto, non all'azione in quanto tale, ma all'esperienza della libertà. Essa va, tuttavia, ulteriormente approfondita e determinata, anche con riferimento al dovere, ed alla distinzione kantiana tra l'agire per dovere (*aus Pflicht*) e l'agire in conformità ad esso (*pflichtmäßig*).

Secondo quanto abbiamo visto, per la legge morale, se posso sapere ciò che devo fare, non posso mai sapere se ciò che ho fatto, ciò che ho compiuto, l'ho fatto *in conformità* a quanto dovevo. Da ciò consegue che, rispetto ad un'azione che ho compiuto, non potrei mai — a rigore — poter affermare che essa era *dovuta*. La legge morale può certamente determinarmi a *dover* fare l'elemosina al povero; ma, *per quella stessa legge*, non potrò mai affermare che fare l'elemosina al povero sia un'azione *dovuta*, sia un *obbligo* morale ⁽³⁴⁾.

Con una formula, diremo che, per la legge morale, il *dover-essere* di un'azione non è mai il suo *essere-dovuto* — perché, se così fosse, la moralità finirebbe per dipendere da una proprietà propria del suo *referente* esterno (il carattere « dovuto » dell'azione), e non dal motivo della mia determinazione a compiere il dovere; il *Sollen* verrebbe a dipendere da un *Sein*. Agire *per dovere* indica esattamente come la legge mi obblighi senza porre un obbligo, mi obblighi a dover compiere un'azione senza fare di essa un'azione dovuta (per la legge morale, l'« osservanza » della norma non consiste nella sua

⁽³⁴⁾ Ciò presuppone il « rovesciamento », da parte di Kant, del rapporto tra la legge e il bene (« è bene ciò che prescrive la legge », e non « la legge prescrive ciò che è bene »). Nessuna azione può, pertanto, dirsi *buona*, perché buona è unicamente la volontà che *prescrive* di compierla.

« applicazione »). L'agire *per dovere* è l'agire in assenza di ogni *dovuto*, di ogni legge *già data* ⁽³⁵⁾.

La legge giuridica si definisce, per contro, come ciò che pone l'azione in quanto *dovuta*, senza mai, però, essere legge del mio *doverla* compiere. La legislazione giuridica si definisce « esterna », cioè, in questo senso specifico: essa non è ciò che mi obbliga a compiere l'azione, ma è ciò che pone l'azione come un mio obbligo. La legge universale del diritto — come avremo modo di vedere — non *prescrive* che una certa azione *debba* essere compiuta, ma, diversamente, *pone* il carattere *dovuto* di quell'azione. Da questo punto di vista, diremo che il diritto è, in Kant, l'insieme delle leggi che rendono possibile l'*agire in conformità al dovere* (ossia: a ciò che è *dovuto*). O, se si vuole, che *rendono il dovere dovuto*.

La morale in tanto può esistere in quanto essa sia puramente prescrittiva: essa, cioè, è tale solo nella misura in cui la libertà agisce *legislativamente*, si determina non in forza del suo essersi già obbligata, sulla base di un obbligo *già dato* precedentemente (*debitum*) ⁽³⁶⁾. Il diritto, diversamente, non si riferisce, e non rende possibile che l'azione in quanto *dovuta*: a rigore, esso non mi dice mai che cosa *devo* fare, ma cosa è da me *dovuto*, ossia qualifica i comportamenti in termini di diritti e di obblighi.

La definizione del diritto come « limitazione della libertà di ognuno alla condizione dell'accordo di questa con la libertà di ogni altro, in quanto ciò sia possibile secondo una legge universale » ⁽³⁷⁾ va, allora, letta anche in questi termini: il diritto è ciò che *rende possibile* la libertà nel suo uso esterno, ossia è ciò che rende possibile quella libertà di cui possiamo avere esperienza in quanto la nostra azione sia posta come *dovuta* — sia cioè, azione che ho l'obbligo di

⁽³⁵⁾ Cfr. J.-L. NANCY, *Il kategorèin dell'eccesso*, in Id., *L'imperativo categorico*, trad. it. a cura di F.F. Palese, Nardò, Besa, 2007, p. 22: « La legge non ha luogo *che* come imperativo. Tant'è che l'imperativo non prescrive di agire *secondo* la legge, perché 'la legge', in questo senso, non è data, né dall'imperativo né anteriormente o posteriormente a esso. L'imperativo prescrive di *agire legalmente*, nel senso di *legislativamente* ».

⁽³⁶⁾ Cfr., sul punto, J.-F. LYOTARD, *Le différend*, Paris, Minuit, 1983; trad. it. di A. Serra, *Il dissidio*, Milano, Feltrinelli, 1985, pp. 153-163.

⁽³⁷⁾ KANT, *Sul detto comune: questo può essere giusto in teoria, ma non vale per la prassi*, cit., p. 137.

compiere, in quanto l'altro ha *diritto* di vederla compiuta, o che ho il diritto di compiere, in quanto l'altro ha l'*obbligo* di realizzarla.

Se la *prescrittiva* « devi restituire ciò che hai preso a prestito » (legge morale), non mi dice nulla circa la limitazione che l'altro può impormi, circa ciò a cui sono tenuto rispetto all'altro, è solo la *normativa* « è un obbligo restituire ciò che hai preso a prestito » (legge giuridica) che *istituisce* per la prima volta la possibilità di una *relazione* reciproca tra la mia libertà e quella degli altri ⁽³⁸⁾.

Diviene, a questo punto, possibile riarticolare, secondo una nuova linea interpretativa, la distinzione tra legislazione interna e legislazione esterna, a partire dal fatto che entrambe costituiscono « leggi della libertà », ossia leggi — determinazioni *a priori* — che rendono possibile la libertà, in quanto problema pratico, rispettivamente nel suo uso « interno » e nel suo uso « esterno ». Se, inoltre, tale distinzione risponde anche alla questione fondamentale del problema della fondazione dell'obbligatorietà della legge, del fondamento dell'obbligazione (*der Grund der Verbindlichkeit*) ⁽³⁹⁾, è perché, in essa, la differenza tra legge morale e legge giuridica si determina come differenza tra la fondazione del *dover-essere* dell'azione e la fondazione dell'azione in quanto *dovuta*, tra la prescrittività propria della legge morale e la normatività del giuridico.

Il diritto, allora, può essere definito come l'insieme di quelle determinazioni *a priori* che rendono possibile fondare l'*essere dovuto* del dovere — che, cioè, rendono possibile fare esperienza dell'*obbligo* giuridico nella sua obbligatorietà (*Verpflichtungsgrund*, o an-

⁽³⁸⁾ Una precisazione sull'utilizzo, in queste pagine, dei termini « normativo » e « prescrittivo » appare d'obbligo. Nel linguaggio proprio dei giuristi, solitamente l'aggettivo « normativo » viene impiegato — come ricorda R. GUASTINI, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 4 — con il significato di: (a) *produttivo* di norme o *esprimente* norme; (b) *concernente* norme, *relativo* a norme. « Prescrittivo », invece, non è ambiguo, in quanto non significa mai concernente prescrizioni, ma esprime prescrizioni. Noi utilizziamo, qui, le due espressioni seguendo — con parziali modifiche — la proposta di Lyotard, indicando: (a) con enunciato o frase *prescrittiva*, quella frase produttiva o esprimente norme, intese qui come comandi di fare o di omettere (es.: P: « È obbligatorio x »); (b) con enunciato o frase *normativa*, quella frase che, vertendo su una prescrittiva, effettua, enunciandosi, la legittimazione dell'obbligo contenuto in essa (es.: N: « P è una norma per A »).

⁽³⁹⁾ Cfr. KANT, *Fondazione della metafisica dei costumi*, cit., p. 6.

cora *Verbindlichkeit*, ma intesa come « obbligatorietà », normatività della norma) ⁽⁴⁰⁾. Laddove, in altri termini, per la legge morale il problema è quello di fondare il dover-essere del dover-essere, l'obbligatorietà della legge, del farsi legislativa della volontà, per quella giuridica, diversamente, a venire in questione è il fondamento di ciò che è dovuto, dell'essere-dovuta da parte dell'azione. La legislazione giuridica non costituisce la condizione di possibilità del dover-essere — non è ciò che, a rigore, determinare che cosa *devo* fare (legge morale) —, bensì dell'essere-dovuto (determina, cioè, che cosa sono *obbligato* a fare o non fare).

Questa rilettura della distinzione tra legislazione interna (morale) e legislazione esterna (diritto) ci consente, pertanto, di giungere a rideterminare la domanda fondamentale della *Rechtslehre* kantiana come domanda sull'obbligatorietà dell'obbligo, ossia sulle condizioni (*a priori*) alle quali la mia libertà, nel suo uso esterno, può essere *limitata* (attraverso la qualificazione di determinate azioni come dovute).

La diversità di diritto e morale nella « maniera di obbligare », nel « modo » dell'obbligazione, può allora essere intesa in questi termini: la morale obbliga nel modo di una *prescrizione* (P: « A deve fare x »), il diritto nel modo di una *normativa* (N: « P è una norma per A ») ⁽⁴¹⁾. A mio avviso, tale differenza si può ritrovare, peraltro, già nella distinzione — che il Kant del periodo precritico riprende da Baumgarten — tra *obligatio activa* e *obligatio passiva*. L'*obligatio activa* — che è una *obligatio obligantis* — è ciò per cui sono tenuto

⁽⁴⁰⁾ Come osserva H.F. FULDA, *Notwendigkeit des Rechts unter Voraussetzung des Kategorischen Imperativs der Sittlichkeit*, in « Jahrbuch für Recht und Ethik », 14 (2004), p. 168: « Wenn die Entwicklung uns nicht auch zur Einsicht in eine spezifische Verbindlichkeit der zur Natur des Rechts als solcher gehörenden Gesetze verhilft, kann für diese Gesetze kein eigener präskriptiver Charakter in Anspruch genommen werden ».

⁽⁴¹⁾ Tale distinzione ci consente di ridefinire — e di riarticolare — la tesi di Willaschek, secondo il quale le leggi giuridiche, in Kant, non potrebbero essere in alcun modo *prescrittive*, pur conservando carattere *normativo*: « juridical laws can still be *normative* in that they define a non-factual standard of rightness; but, paradoxically, they cannot *prescribe*, *command*, or *require* that their addressees act in accordance with that standard » (M. WILLASCHEK, *Which Imperatives for Right? On the Non-Prescriptive Character of Juridical Laws in Kant's Metaphysics of Morals*, in *Kant's Metaphysics of Morals. Interpretative Essays*, a cura di M. Timmons, cit., p. 71).

ad un'azione, verso qualcuno, senza tuttavia essere obbligato nei suoi confronti: « io sono tenuto, per esempio, ad aiutare un infelice: l'obbligo qui riguarda l'atto, ma non il suo destinatario » (42). Passiva, diversamente, è quell'obbligazione che ho nei confronti del destinatario: « se ho contratto un debito, allora io sono obbligato all'atto di restituzione e insieme verso il creditore ». Ora, precisa Kant, l'*obligatio activa* è « un comando della ragione », in cui io « risulato vincolato da una mia propria considerazione », e non dall'intervento dell'altro. Nei nostri termini, potremmo dire, essa ha la natura di una *prescrizione*, nel senso che comanda, dispone l'esecuzione di una certa azione, senza renderla per questo un *obbligo* che assumo nei confronti di qualcuno. È l'*obligatio passiva*, invece, che non si può che produrre « mediante l'intervento di un altro », cui viene riconosciuto il diritto o la facoltà di obbligarci nei suoi confronti, di rendere *dovuta* l'azione nei suoi confronti.

Nel *Naturrecht*, Kant aggiungerà: « *Obligatio est activa*, ovvero *obligantis*, e passiva, ovvero *obligati*; l'uno obbliga (*verbindet*), l'altro ha obbligazione (*hat Verbindlichkeit*), ad esempio il creditore e il debitore » (43). Al di là delle intenzioni specifiche del discorso kantiano antecedente la stesura della *Rechtslehre*, sembra possibile avvicinare l'*obligatio activa* ad una prescrizione, ossia ad una proposizione che comanda un dovere (e che, come scrive lo stesso Kant, *obbliga senza obbligazione*), e l'*obligatio passiva* ad una normativa, ossia a quella proposizione che rende *dovuto*, rende obbligatorio, un

(42) *Eine Vorlesung Kants über Ethik*, a cura di P. Menzer, Berlin, Pan, 1924; trad. it. I. KANT, *Lezioni di etica*, traduzione di A. Guerra, Roma-Bari, Laterza, 1971, p. 24. Occorre però precisare come la possibilità di leggere, nel testo kantiano, la differenza tra *dover-essere* e *essere-dovuto* va ricercata al livello della logica sottesa alla relazione tra morale e diritto, e non a quello lessicale. Sulla impossibilità, peraltro, di seguire, nella riflessione kantiana sul dovere, un percorso di maturazione lineare, cfr. F. CAMERA, *Obbligazione e dovere nel Kant precritico. La Preisschrift del 1762/64*, in *Prospettive della morale kantiana*, a cura di D. Venturelli, Aкви Terme, Editrice Impressioni Grafiche, 2001, pp. 7-73. Nel testo della *Rechtslehre*, tuttavia, una lettura in linea con quella qui proposta potrebbe, a nostro avviso, essere sviluppata a partire dal passo in cui Kant parla dell'imperativo categorico — e dunque della legge morale, come « una proposizione che comanda doveri » (*ein pflichtgebietender Satz*), dalla quale può essere *sviluppato* il concetto di diritto, ossia la « facoltà di obbligare gli altri » (*das Vermögen, andere zu verpflichten*).

(43) KANT, *Lezioni sul diritto naturale (Naturrecht Feyerabend)*, cit., p. 95.

dovere che essa, di per sé, non prescrive (che fa di quel dovere un obbligo che ho verso un altro). Se sarà solo nel testo del 1797 che la differenza tra diritto e morale diverrà leggibile attraverso questa distinzione, la contrapposizione tra *obligatio activa* e *passiva* può, tuttavia, considerarsi un antecedente importante, in quanto consente già di pensare il diverso « modo » di obbligare proprio delle prescrittive e delle normative (44).

Cerchiamo ora di precisare, ulteriormente, la questione, relativa al domandare fondamentale proprio della dottrina del diritto. L'individuazione delle leggi *a priori* che rendono possibile una legislazione esterna — ossia il diritto, *ius* — coincide con l'individuazione di quelle leggi, di quelle determinazioni essenziali, per le quali è possibile la libertà non come dover-essere (morale), ma come *obbligo*, come ciò che si estrinseca e si realizza attraverso l'*essere-dovuta* dell'azione. Questo dice il « principio universale del diritto » (*Allgemeines Princip des Rechts*): giusta, *recht*, conforme al diritto, è l'azione in cui — secondo una legge universale — la mia libertà può sussistere insieme alla libertà di ogni altro, e dunque l'azione in cui il rispetto della mia libertà è fondato come un obbligo per gli altri, e il rispetto della libertà altrui come un obbligo per me. Fare esperienza del diritto in quanto diritto, pertanto, significa, propriamente, fare esperienza dell'*essere dovuta* dell'azione come tale, ossia non in quanto *fatto* della *costrizione* (l'essere-obbligati, *being obliged*, per servirsi di un'espressione di Hart), ma in quanto *diritto* dell'altro a costringermi nel caso in cui io non la compia (l'aver un obbligo, *having an obligation*, sempre seguendo, ma interpretandolo liberamente, il lessico hartiano) (45).

(44) Ancora una precisazione. La *normatività* del diritto dal punto di vista qui analizzato, non consiste per Kant nel fatto che le disposizioni giuridiche possano essere intese come « ragioni per agire », o abbiano la proprietà di costituire ragioni per agire. Il fatto, dunque, che una norma *giuridica* ponga, ad esempio, X come obbligatorio, non significa, per Kant, che essa fornisca una ragione per compiere X. Al contrario, come si è detto, la giuridicità della norma implica che essa non fornisca alcun motivo di determinazione per il nostro agire. La *normatività* della norma consiste, diversamente, nella possibilità di porre il dovere di compiere X, dalla stessa prescritta, come un obbligo, come obbligatorio per me.

(45) Il diritto propriamente inteso — inteso cioè come diritto, e niente altro che diritto —, *das stricte Recht*, per Kant è possibile solo in quanto, con esso, sia pensata la

In tal modo — riprendendo in parte il dibattito sul problema dell'« indipendenza » o meno del diritto dalla morale (*Unabhängigkeitsthese*) — potremmo forse fornire un chiarimento, e un'interpretazione, circa il carattere « sintetico », e non semplicemente analitico, del diritto, in Kant. Se, a nostro avviso, la filosofia del diritto kantiana ha carattere specificamente trascendentale — ossia è fondata sulla sintesi *a priori* — è perché ciò che definisce il diritto è la normatività, è il carattere dovuto della limitazione della libertà, la quale non si deduce, non segue analiticamente dalla *prescrizione* — morale — di limitare la libertà ⁽⁴⁶⁾. Si tratta, infatti, come si è cercato di mostrare, di due « regimi » di enunciato *eterogenei*, nel senso che

sua autorizzazione a costringere: il diritto si dà, si dà insieme, unitamente all'autorizzazione alla coercizione (*ist mit dem Rechte zugleich eine Befugniß, den, der ihm Abbruch thut, zu zwingen*). Unitamente, specifica Kant, nel senso che il diritto non è « composto di due parti », ossia dell'obbligo secondo la legge (*der Verbindlichkeit nach einem Gesetze*) e dell'autorizzazione a costringere all'adempimento di tale obbligo. Ciò consente a Kant, in primo luogo, di evitare di fare dell'obbligo una nozione « psicologica » e, nei termini specificamente kantiani, un motivo di determinazione dell'azione: il fatto di avere un obbligo non è, di per se stesso, condizione sufficiente (né necessaria) a determinare il mio arbitrio; la coscienza dell'obbligo non è ciò che mi determina ad adempierlo. In secondo luogo, se io fossi semplicemente costretto — di *fatto* — da un altro a eseguire una certa prestazione, non per questo si potrebbe affermare l'esistenza di un obbligo, da parte mia, di compierla. In tanto posso avere un obbligo, infatti, in quanto l'altro — nei cui confronti sono obbligato — abbia il diritto, sia autorizzato, in forza dell'obbligazione stessa, a costringermi a rispettarla. Per questo l'« obbligo secondo una legge » è lo stesso, come precisa Kant, dell'« autorizzazione » dell'altro a costringere a tale obbligo — o, come si dice poco più avanti nel testo, che « diritto e autorizzazione a costringere significano dunque la stessa cosa ». Rispetto al nostro tema di indagine, si tratta di un'indicazione essenziale: il diritto non è la costrizione, non è *il fatto della coercizione*, ma è — diversamente — ciò che fonda *la coercizione come diritto*. O, più correttamente: la coercizione non è *il fatto del diritto* — il fatto del suoi imporsi, come forza — ma il *costituirsi* del diritto come diritto di costringere, e di rendere pertanto possibile la libertà esterna (è — a nostro avviso — questo movimento concettuale che è sotteso alla tesi kantiana secondo cui la coazione reciproca è ciò che permette l'esibizione, *Darstellung*, del concetto di diritto). Sulla « costruzione » del concetto di diritto — e l'analogia con la matematica — si rinvia a G.M. AZZONI, *Filosofia dell'atto giuridico in Immanuel Kant*, Padova, Cedam, 1998, soprattutto le pp. 45-58.

⁽⁴⁶⁾ È la distinzione tra prescrittivo (morale) e normativo (diritto) che, forse, può consentire di leggere, in Kant, uno scarto rispetto al problema del « passaggio dal piano descrittivo a quello prescrittivo » che definisce il recupero — che certamente c'è — del giusnaturalismo moderno nella *Rechtslehre*. Cfr., sul punto, le osservazioni di M.

dalla prescrittiva (P: « Devi limitare la tua libertà alla condizione di reciprocità ») non è possibile, logicamente, dedurre la corrispondente normativa (N: « P è una norma per x »).

Se dunque il concetto del diritto può essere fondato in senso trascendentale, è perché esso costruisce — a priori e in maniera *sintetica* — un « oggetto », una *realtà nuova*, la quale non esiste prima di esso e che non può essere creata dalla legge morale: il carattere *dovuto* dell'azione (e non il suo *dover-essere*). Potremmo esprimere tutto ciò dicendo che, mentre la legge morale costituisce la realtà del buono e del cattivo ⁽⁴⁷⁾ — poiché « buono » è ciò che *deve-essere* fatto sulla base della legge morale —, quella giuridica costituisce la realtà del giusto e dell'ingiusto — dove « giusto » è ciò che è *dovuto* secondo il diritto. Il « buono » è determinato, in altri termini, sulla base del discorso prescrittivo, il « giusto » su quella del discorso — diverso e irriducibile al primo — normativo. Il *principio* del diritto, sotto tale profilo, non può che apparire *sintetico*, nella misura in cui dalla *prescrizione* (morale) di rispettare l'altrui libertà non deriva, non si deduce, l'*obbligo* (giuridico) di rispettarla. In termini formali: *da una proposizione prescrittiva non si può dedurre la corrispondente proposizione normativa*. Quest'ultima è la conseguenza, invece, di un giudizio sintetico *a priori* (*Allgemeines Princip des Rechts*).

È vero che, propriamente, Kant, in termini espliciti, definisce come proposizione giuridica sintetica *a priori* unicamente quella relativa alla possibilità del possesso « semplicemente giuridico » (*possessio noumenon*), ma, correttamente, egli intende come, a sua volta, tale possesso non sia possibile che sul *postulato* giuridico della ragion pratica (*rechtliehen Postulat der praktischen Vernunft*), secondo cui è un dovere giuridico (*Rechtspflicht*) agire in modo che siano possibili un Mio ed un Tuo giuridici. Si tratta, certamente, di uno dei passaggi — che riguarda la fondazione del diritto di

MORI, *Diritto e proprietà. Sul carattere trascendentale della filosofia del diritto*, ora in Id., *Studi kantiani*, Bologna, il Mulino, 2017, in particolare pp. 176-182.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. ancora, del tutto correttamente, MORI, *Diritto e proprietà*, cit., p. 188: « l'oggetto della ragion pratica — il buono e il cattivo, *das Gute* e *das Böse* — non preesiste in alcuna forma all'atto sintetico del giudizio morale, ma consegue dalla sua esplicazione ».

proprietà — più discussi e di difficili decifrazione del pensiero kantiano sul diritto ⁽⁴⁸⁾. Mi limito, qui, senza entrare nel merito della trattazione, unicamente a osservare come la *proposizione giuridica a priori* che rende possibile la proprietà (il « possesso intelligibile ») presupponga il carattere « sintetico » del principio del diritto: presupponga, cioè, che il *dovere di agire* in modo che sia possibile la proprietà *implica* — sinteticamente — l'*obbligo* di rispettare la proprietà altrui una volta formata (da qui, per Kant, la necessità del passaggio alla « costituzione civile », ossia al momento in cui il « Suo » di ciascuno viene assicurato). Da questo punto di vista, il diritto di proprietà, in Kant, è già interpretato, più che come diritto *sulla* cosa (come *dominium* in senso stretto), alla luce della nozione di *rapporto giuridico* (come diritto di costringere gli altri a non interferire nel mio godimento della cosa): esso, in altri termini, *presuppone* la nozione di obbligazione e di rapporto obbligatorio, e, con esso, il carattere « normativo », e non prescrittivo, della *proposizione giuridica*.

4. *I doveri di diritto.*

La dottrina kantiana del diritto, secondo la linea interpretativa qui proposta, può essere letta, dunque, come la determinazione delle condizioni alle quali è possibile l'istituzione di una discorsività specificamente *normativa* — e non prescrittiva (tale è infatti quella propria della morale). In questo senso, il dovere giuridico, dovere di diritto, *Rechtspflicht*, si definisce non come ciò che mi è prescritto di fare, come ciò che *devo* fare, ma come ciò che è da me *dovuto*. Un esempio dovrà chiarire il punto. Quando, nella suddivisione generale dei doveri di diritto, Kant recupera le formule di Ulpiano, siamo di fronte — come è stato notato ⁽⁴⁹⁾ — ad un passaggio argomen-

⁽⁴⁸⁾ Cfr., sul tema, *ex multis*, M. GREGOR, *Kant's Theory of Property*, in « The Review of Metaphysics », 41 (1988), 4, pp. 757-787; B. TIERNEY, *Kant on Property: The Problem of Permissive Law*, in « Journal of the History of Ideas », 62 (2001), 2, pp. 301-312.

⁽⁴⁹⁾ Cfr. R.B. PIPPIN, *Dividing and Deriving in Kant's Rechtslehre*, in *Immanuel Kant. Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, a cura di O. Höffe, Berlin, Akademie, 1999, pp. 63-85.

tativo essenziale (e altamente problematico) all'interno della *Rechtslehre*. Qui ci interessa, però, sottolineare un aspetto soltanto tra i tanti che andrebbero discussi. Quelli che vengono presentati come « doveri di diritto » sono tutti formulati come *prescrizioni* (« Sii un uomo retto », « Non fare torto ad alcuno », « Entra in una società con altri nella quale il Suo possa essere attribuito a ciascuno »). Da questo punto di vista, appare evidente come l'uno non segua affatto logicamente e deduttivamente, come Kant sembrerebbe pretendere, l'altro; né, a ben vedere, appare chiaro cosa faccia di essi dei doveri propriamente *giuridici*, e non, diversamente, morali.

Ciò che, tuttavia, vorremmo suggerire, è che le tre formule individuate da Kant non vadano intese come doveri morali, proprio perché esse non sono in senso stretto *prescrizioni*, ma, diversamente, sono l'oggetto (il *referente*) di tre corrispondenti frasi *normative* che vertono su di esse, del tipo: « la prescrittiva 'sii un uomo retto' è una norma per x » (dunque: x ha l'obbligo di P). Kant, in parte, lo lascia intendere, quando precisa: « questo dovere (*Diese Pflicht*) verrà spiegato più oltre come un obbligo (*als Verbindlichkeit*) proveniente dal diritto dell'umanità nella nostra propria persona »⁽⁵⁰⁾. Se, del resto, la legge, come legislazione giuridica, si definisce come ciò che obbliga al *modo* di una normativa, allora le *prescrizioni* che Kant deriva dalla formulazione di Ulpiano (e a cui, come egli stesso scrive, conferisce un « senso che egli certo può non aver pensato chiaramente »), vanno intese come il « contenuto » di tre corrispondenti normative, propriamente giuridiche, che sono la *lex iusti*, la *lex iuridica* e la *lex iustitiae*. Cominciamo dalla *lex iusti*. Con tale espressione Kant intende, semplicemente, la legge, nel suo indicare « quale condotta, secondo la forma, è giusta (*recht*) internamente (*innerlich*) »⁽⁵¹⁾. È per essa, cioè, che un'azione, o una determinata situazione viene determinata come giusta, ossia conforme a diritto. Con una riformulazione, potremmo dire che la *lex iusti* non è una prescrizione, ma è la norma per la quale un'azione può essere determinata come un diritto o come un obbligo. Se Kant pone come *oggetto* di tale norma la prescrizione *honeste vive* (intesa come « non

(50) KANT, *Primi principi metafisici della dottrina del diritto*, cit., p. 65.

(51) Ivi, p. 199.

fare di te stesso un semplice mezzo per gli altri, ma sii insieme per loro un fine ») è perché essa non indica altro se non la necessità dell'assunzione, da parte dell'individuo, del *punto di vista* del diritto, il suo porsi come « soggetto » di diritti ed obblighi, e non come oggetto (mezzo) per gli obblighi e i diritti altrui ⁽⁵²⁾.

Quanto alla *lex iuridica*, essa indica le condizioni alle quali qualcosa può essere assunto come giuridicamente rilevante (« ciò che in quanto materia è anche esternamente sottoponibile alla legge »), ossia è ciò che definisce l'insieme delle azioni e dei comportamenti a cui può applicarsi la *lex iusti* ⁽⁵³⁾. Essa ha dunque ad oggetto, rende *dovuto* il precetto *neminem laede*, poiché è solo determinando un certo accadimento come torto che gli obblighi e i diritti definiti dalla *lex iusti* possono trovare concreta tutela e realizzazione, mediante il *giudizio*. Infine, la *lex iustitiae* è ciò per cui è possibile la sussunzione di un fatto all'interno di una previsione legale, e dunque è possibile il *giudizio* (la sentenza di un tribunale) che definisce e stabilisce ciò che è *di diritto* (*Rechtens ist*) ⁽⁵⁴⁾. Se ha ad oggetto la prescrizione di entrare in una società ove a ciascuno possa essere attribuito il suo (*suum cuique tribuere*), è perché solo

⁽⁵²⁾ Così, sul punto, BYRD, HRUSCHKA, *Kant's Doctrine of Right*, cit., p. 65. Cfr. anche A. PINZANI, *Chi è il soggetto della Dottrina del diritto?*, in *Diritto e storia in Kant e Hegel*, a cura di V.R. Lozano, M. Sgarbi, Trento, Verifiche, 2001, p. 43: « Un dovere del genere riguarda la propria personalità giuridica [...]. Esso formula le condizioni esterne per l'esistenza del diritto in generale, perché solo arbitrii che siano liberi possono dar vita a relazioni giuridiche reciproche ». Ciò che fa sì che tale dovere sia *giuridico*, e non etico (e sarebbe tale laddove esso fosse inteso un dovere *verso se stessi*, e non verso gli altri), è dunque la circostanza che esso è oggetto di una normativa, è cioè fondato come obbligo, ed obbligo che è certamente verso gli altri, in quanto essere soggetto *del* diritto significa, anzitutto, essere soggetto *al* diritto: una norma (*lex iusti*), cioè, mi obbliga a non poter essere un individuo libero se non in quanto sia il diritto a costituirmi come tale, se non — in altri termini — in quanto soggetto di possibili diritti e di doveri, persona (*Person*, ossia « soggetto le cui azioni sono suscettibili di imputazione », secondo la formulazione kantiana).

⁽⁵³⁾ Seguiamo, qui, ancora BYRD, HRUSCHKA, *Kant's Doctrine of Right*, cit., p. 61. Si veda, inoltre, sul punto, degli stessi autori, il saggio *Lex iusti, lex iuridica und lex iustitiae in Kants Rechtslehre*, in « Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie », 91 (2005), 4, pp. 484-500.

⁽⁵⁴⁾ KANT, *Primi principi metafisici della dottrina del diritto*, cit., p. 199.

all'interno di tale società diviene possibile determinare in via definitiva il contenuto di un diritto o di un obbligo ⁽⁵⁵⁾.

Ciò che vale la pena sottolineare, allora, è che i tre doveri di diritto (*Rechtspflichten*) indicati da Kant non sono *prescrizioni* che, indicando ciò che devo fare, consentono, in quanto adempiuti, di istituire le tre *leges*, e che dunque consentono il passaggio allo stato giuridico (*der rechtliche Zustand*). Essi, diversamente, sono comportamenti che, attraverso le *leges*, vengono determinati come *dovuti*, ossia come obblighi. Ed è solo rendendo obbligatori tali obblighi che le *leges* rendono possibile la progressiva « istituzionalizzazione » dello stato giuridico. La *lex iusti*, infatti, stabilendo l'obbligatorietà, per l'individuo, della sua posizione di *soggetto*, funziona come la norma per la quale diviene possibile una legislazione « primaria », ossia la possibilità di diritti e doveri; la *lex iuridica*, rendendo controvertibile, « giustiziabile », il conflitto, funziona come la norma per la quale diviene possibile una legislazione che definisca le regole del giudizio; la *lex iustitiae*, infine, rendendo obbligatorio il dovere di certezza, di definitività delle situazioni giuridiche, funziona come norma che rende possibile l'istituzione di una giurisdizione.

È in questa direzione che, forse, dovremmo oggi leggere il « prestito », l'innesto, la rilettura — che ha certamente anche carattere retorico — delle formule di Ulpiano da parte di Kant ⁽⁵⁶⁾. Ma, soprattutto, tale soluzione ci consente di evitare di fondare i tre « doveri di diritto » come doveri in ultima istanza *morali*. Se, pertanto, « senza la formulazione e l'adempimento di questi tre

⁽⁵⁵⁾ A nostro avviso, pertanto, l'obbligo di entrare in società, proprio in quanto obbligo, non costituisce un dovere morale. *Contra*, cfr. N.T. POTTER, *Kant on Obligation and Motivation in Law and Ethics*, in « *Jahrbuche für Recht und Ethik* », 2 (1994), p. 98: « It at least appears that such an obligation presupposes an ethical nature; the obligation cannot be merely legal, since the commonwealth is supposed not yet to exist. In the absence of an inner ethical nature, there could be no practical requirement to enter a commonwealth ».

⁽⁵⁶⁾ Per una rilettura delle formule di Ulpiano da parte di Kant, si veda però — per una più ampia discussione — A. PINZANI, *Der systematische Stellenwert der pseudo-ulpianischen Regeln in Kants Rechtslehre*, in « *Zeitschrift für philosophische Forschung* », 59 (2005), 1, pp. 71-94; R. SCHNEPF, *Systematisierung von rechtlichen Intuitionen? — Die drei Formeln Ulpians bei Leibniz und Kant*, in « *Jahrbuch für Recht und Ethik* », 12 (2004), pp. 253-282.

doveri non si possono dare soggetti giuridici e quindi non si può dare ordinamento giuridico »⁽⁵⁷⁾, occorre precisare come tali doveri sono tali — cioè giuridici — solo in quanto determinati come *obblighi*, ossia in quanto oggetto di una frase normativa (la *lex*) che ne legittimi il contenuto.

In tal modo, però, non avremmo semplicemente « spostato » i termini del problema? La legislazione « esterna », la legislazione giuridica, infatti, si differenzia da quella morale — si è detto — in quanto essa determina il dovere sempre come un *dovuto* (risponde cioè ad una logica normativa, e non prescrittiva). Un « dovere di diritto » (*Rechtspflicht*) è tale non semplicemente in quanto sia *prescritto* (P: « A deve fare x »), ma in quanto sia oggetto di una normativa che legittimi la prescrizione (N: « P è obbligatorio per A »). Resta ancora, tuttavia, da spiegare che cosa faccia sì che siano quelle, e non altre, le *leges*, ossia le determinazioni essenziali, le condizioni *a priori* affinché il diritto sia possibile come tale (« l'insieme delle leggi per cui è possibile una legislazione esterna). È su questo punto che diritto e morale, in Kant, si ritroveranno nuovamente connessi, necessariamente.

5. *La legge universale del diritto.*

I doveri di diritto — e le leggi che li determinano come tali — derivano tutti, secondo l'impostazione kantiana, dalla legge universale del diritto (*das allgemeine Rechtgesetz*), ossia da quella legge che determina la possibilità del diritto, inteso come insieme delle condizioni alle quali è possibile la coesistenza del libero uso del mio arbitrio con la libertà di ciascun altro (« agisci esternamente in modo tale che il libero uso del tuo arbitrio possa coesistere con la libertà di ognuno »).

Tale legge ha la natura, va anzitutto chiarito, di un principio *normativo*, ossia di un principio che, con il suo enunciarsi, legittima le prescrizioni che deriveranno da esso (la normatività delle norme, l'obbligatorietà degli obblighi). Il principio, come Kant precisa, non *prescrive*, propriamente, nulla, ma funziona — secondo la proprietà

(57) PINZANI, *Chi è il soggetto della Dottrina del diritto?*, cit., p. 46.

di ogni normativa — come ciò che legittima come obbligatoria l'obbligazione su cui verte: « la legge universale del diritto [...] è una legge che mi impone un obbligo (*welches mir eine Verbindlichkeit auferlegt*), ma che non prevede affatto, e ancor meno esige, che io, solo ed esclusivamente a causa di quest'obbligo, debba (*solle*) limitare la mia libertà a quelle *stesse* condizioni »⁽⁵⁸⁾. Esso rende *dovuta* l'azione, fa cioè di *un obbligo un obbligo*, ma non prescrive, di per se stesso, di compierla, non esige — non lo potrebbe fare — che io *debba* adempiere a quell'obbligo.

La normativa legittima la prescrittiva che ha ad oggetto, la rende obbligatoria. Essa somiglia, allora, più ad una « performativa » che non ad una *prescrittiva* (non prescrive la prescrizione, ma *la rende tale*) — e ciò, tanto più, dal momento che, per Kant, prescrittive sono essenzialmente le norme morali, normative le norme giuridiche (tale è la rilettura che abbiamo qui proposto della distinzione tra interno ed esterno nella *Rechtslehre*). Che io debba, dunque, obbedire al principio universale del diritto, non può essere, come tale, *prescritto* dal diritto. Certamente, è per me un obbligo, in forza del principio stesso, ma nulla consente di prescrivermi l'osservanza di quell'obbligo (se non la legge morale): « dare a me stesso la massima di agire secondo il diritto è una richiesta che è l'etica a farmi ».

La legge universale del diritto non prescrive nulla: per essa, io non *devo* limitare la mia libertà, in conformità a quanto quella legge *prescrive*, ma tale limitazione è — scrive Kant — assunta come una condizione necessaria affinché il diritto stesso possa essere possibile. Ciò non significa, però, che tale limitazione, se non è prescritta come un dovere, sia allora un « fatto », di cui si può unicamente prendere atto. Per Kant, si tratta invece di intendere la legge universale come un *postulato*, come ciò che rende possibile il diritto *come* diritto (inteso, si ricordi, non come la sua condizione di « esistenza », ma la condizione della possibilità della sua « forza obbligatoria »⁽⁵⁹⁾, *verbindenden Kraft*).

⁽⁵⁸⁾ KANT, *Primi principi metafisici della dottrina del diritto*, cit., p. 55. Cfr. sul punto POGGE, *Is Kant's Rechtslehre a Comprehensive Liberalism?*, cit., p. 141.

⁽⁵⁹⁾ KANT, *Critica della ragion pura*, cit., p. 401.

Affinché, dunque, sia possibile fare esperienza del diritto come diritto, occorre ammettere che *non vi sia* libertà (esterna) se non alla condizione che essa venga *limitata* dal rispetto di quella altrui; che, in altri termini, io non possa realizzare la mia libertà esterna se non attraverso il diritto stesso, e il riconoscimento della libertà altrui ⁽⁶⁰⁾. Ma ammettere tutto ciò non significa, per Kant, limitarsi a presupporlo: il postulato stesso, cioè, va *provato*, va *giustificato* attraverso ciò che esso rende possibile ⁽⁶¹⁾. Certo esso non può essere « dimostrato », ma la sua legittimità viene giustificata, viene prodotta, diremo, dalle *conseguenze* che derivano dalla sua ammissione. Nei termini che qui interessano: ciò che è richiesto affinché il diritto possa essere esperito come diritto (come ciò che fonda il suo dover-essere), deve essere prodotto dal diritto stesso. Ossia: il diritto (esistente) *si rende* diritto, *può* rendersi diritto, solo realizzando il suo stesso postulato, ossia solo concretizzandosi come ciò che tiene unito, fa coesistere, la mia libertà con quella di ciascun altro — e dunque facendo esistere la libertà come libertà *esterna*.

È in tale ottica che va compreso in che senso la legge universale del diritto non sia una prescrizione rivolta all'individuo (non è ciò che mi prescrive di limitare la mia libertà), né semplicemente una

⁽⁶⁰⁾ Tutto ciò presuppone, certamente, dei gradi di istituzionalizzazione del diritto (*lex iusti — lex iuridica — lex iustitiae*), nella misura in cui la legge universale del diritto, di per sé, fonda unicamente la libertà esterna nel suo senso *negativo* (ossia come indipendenza dall'arbitrio altrui, come diritto di *non* essere coercitivamente determinato, nella mia libertà di azione, dall'azione altrui), ma non in quello *positivo* (ossia come diritto di poter agire liberamente, alla condizione di non ledere quello altrui), il quale non è possibile se non a partire dall'instaurazione di uno stato giuridico. Cfr., sul punto, B.S. BYRD, J. HRUSCHKA, *The Natural Law Duty to Recognize Private Property Ownership: Kant's Theory of Property in His Doctrine of Right*, in « The University of Toronto Law Journal », 56 (2006), 2, pp. 239-241.

⁽⁶¹⁾ KANT, *Critica della ragion pura*, cit., p. 195: « Non voglio prender qui questo termine nel significato che alcuni autori moderni di filosofia gli han dato, contro il senso dei matematici, ai quali propriamente appartiene, e cioè: che postulare significhi dare una proposizione per immediatamente certa senza giustificazione o prova ». Cfr., sul punto, studio di P. GUYER, *Kant's Deductions of the Principles of Right*, ora in ID., *Kant's System of Nature and Freedom. Selected Essays*, Oxford, Clarendon, 2005, pp. 198-242 (211). Per una discussione critica delle tesi di Paul Guyer, cfr. K. FLIKSCHUH, *Kant's Indemonstrable Postulate of Right. A Response to Paul Guyer*, in « Kantian Review », 12 (2007), 1, pp. 1-39.

condizione già « data » cui il diritto dovrebbe adeguarsi per essere tale. Al contrario, è solo il diritto stesso che può porre, realizzare la sua stessa condizione di possibilità, in tal modo giustificandola come tale, e determinando così se stesso in quanto diritto ⁽⁶²⁾.

6. *Problemi e conclusioni.*

In forza della separazione tra la prescrittività e la normatività, il diritto, in quanto legislazione « esterna », riguarda sempre e unicamente l'essere dovuta dell'azione, e non il suo dover-essere. Il diritto, *in se stesso*, non è cioè prescrittivo, non consiste in prescrizioni: « come tali, le leggi giuridiche, considerate indipendentemente dal loro rapporto con la morale, non prescrivono mai al loro destinatario di fare qualcosa » ⁽⁶³⁾. Per questo lo stesso diritto (soggettivo), dal punto di vista giuridico, non è la *facoltà di obbligare* altri (essa resta, per Kant, unicamente una facoltà morale). Diversamente, esso va inteso come ciò che giustifica (*titulum*) l'*obbligazione* dell'altro, l'essere *dovuta* della sua azione ⁽⁶⁴⁾.

Cerchiamo dunque di giungere ad una prima conclusione: il diritto, non avendo carattere prescrittivo, non può neppure *prescrivere* la propria osservanza. Il *dovere di obbedire* al diritto, da questo punto di vista, non può essere, per Kant, un dovere giuridico. Siamo

⁽⁶²⁾ Ad avviso di chi scrive, il postulato non richiede che la normatività della norma dipenda dal fatto che il soggetto, l'individuo si determini a obbedire al diritto per *rispetto* di quanto disposto dal postulato. Da questo punto di vista, occorre evidenziare come anche Habermas presenti nei termini di un « paradosso » il problema del rapporto tra prescrittivo e normativo in Kant: se la legge giuridica, come prescrizione, non richiede altro se non l'agire in conformità ad essa, e dunque un semplice comportamento oggettivamente conforme ad essa (coercizione), nondimeno, per poter essere *normativamente* valida, essa richiederebbe il suo poter essere obbedita per il semplice « rispetto » della legge, e dunque in forza del riconoscimento morale che le è dovuto (cfr. J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt, Suhrkamp, 1992, p. 47). Nella prospettiva che tentiamo, qui, di seguire, tuttavia, la normatività delle norme non dipende dal riconoscimento « morale » da parte del soggetto, ma dai meccanismi interni al diritto stesso.

⁽⁶³⁾ WILLASCHKE, *Which Imperatives for Right? On the Non-Prescriptive Character of Juridical Laws in Kant's Metaphysics of Morals*, cit., pp. 81-82.

⁽⁶⁴⁾ KANT, *Primi principi metafisici della dottrina del diritto*, cit., p. 65.

giunti, pertanto, ad un'aporia logica, all'impossibilità, per Kant, di « fondare » il carattere obbligatorio del diritto?

Per rispondere, dovremmo svolgere due considerazioni, relative al modo di intendere l'aporeticità della posizione kantiana. Se intendiamo, con essa, riferirci al fatto che l'obbligo di obbedire al diritto non possa essere *prescritto*, come tale, dal diritto stesso, è senz'altro vero. È solo l'etica — lo si è già visto — che può *prescrivermi* il *dovere* di essere libero (esternamente), che coincide, per Kant, con il dovere di accettare le limitazioni imposte dal diritto. Sotto tale profilo, il dovere di essere libero è un dovere *morale*, e non giuridico. E ciò costituisce un tratto essenziale, ed un limite, dell'illuminismo giuridico kantiano ⁽⁶⁵⁾: la filosofia del diritto si risolve in una filosofia della libertà, nel senso che, propriamente, per Kant non è il *diritto a realizzarsi come libertà*, ma, viceversa, *la libertà a realizzarsi come diritto*. È, cioè, il *dover-essere* della libertà che si rende, attraverso il diritto, *dovuto* — come obbligo di limitare la propria libertà in accordo con quella degli altri — per potersi realizzare compiutamente. Soltanto ammettendo che la libertà (esterna) *deve* — moralmente — realizzarsi *come* diritto (*alla libertà*), il diritto può trovare la propria giustificazione, la legittimazione della sua pretesa di ottenere obbedienza. Il diritto, da questo punto di vista, non giunge alla propria (auto)fondazione: è *per altro*, per la necessità della libertà, che esso deve essere obbedito. Per questo resta mezzo, strumento che consente il realizzarsi attraverso la coercizione di una libertà che lo precede (come *ratio essendi*) ⁽⁶⁶⁾. La libertà rimane ragione « del » diritto, per Kant, per quanto sia solo attraverso il diritto che possiamo fare esperienza di essa (*ratio cognoscendi*).

⁽⁶⁵⁾ Parliamo qui di « limite » non per indicare una presunta « insufficienza » o « inadeguatezza » del pensiero kantiano, ma unicamente per evidenziare come una filosofia del diritto, da parte sua, non potrebbe ammettere null'altro che il diritto, per poter determinare l'« essere » stesso del diritto. Sul tema del rapporto tra diritto e politica in Kant, rinvio, da ultimo, a D. SICILIANO, « Defensive Aufklärung ». *Lo Streit tra filosofia, politica e giurisprudenza nel Geheimer Artikel zum ewigen Frieden di Immanuel Kant*, Firenze, Libreria Alfani, 2018.

⁽⁶⁶⁾ Cfr., sul punto, H. D'AVIAU DE TERNAY, *De l'opportunité d'une relecture de la philosophie du Droit de Kant à partir de la troisième Critique*, in « Revue de Métaphysique et de Morale », 2 (1996), pp. 225-243.

Se, tuttavia, restiamo all'interno della problematica specificamente giuridica, per come considerata da Kant, il problema dell'obbligo di obbedire al diritto dev'essere altrimenti determinato. La separazione tra prescrittività e normatività, si è visto, costituisce l'acquisizione teorica essenziale, a nostro avviso, della posizione kantiana sul diritto. Sotto tale aspetto, dovremmo convenire che è impossibile giungere alla fondazione del diritto — della sua obbligatorietà — tentando di prescrivere il rispetto delle sue prescrizioni. Correttamente, pertanto, la via seguita da Kant, non è quella del *metalinguaggio*, della prescrizione *sulla* prescrizione. La questione essenziale, invece, è quella di capire come la *normativa* (« P è una norma per x ») non prescriva nulla (non prescrive l'osservanza di P), ma *renda* P una prescrizione ⁽⁶⁷⁾. Ciò che è in questione, infatti, è se e come si possa *giustificare* una *normativa* che ponga la limitazione della libertà (che si realizza solo attraverso l'obbedienza al diritto) come *dovuta*.

Ora, il punto è che per Kant la *normativa* può essere « giustificata » solo nei termini di un « postulato » (« P è una norma per x » traduce, qui, il postulato « agisci esternamente in modo tale che il libero uso del tuo arbitrio possa coesistere con la libertà di ognuno », il quale, come si è detto, *non prescrive* tale azione, ma dice che essa è una norma per me). Postulato (*Postulat*), nel lessico kantiano, indica anzitutto — come si è già accennato — una proposizione *pratica*, la quale « non contiene altro che la sintesi con la quale noi ci diamo dapprima un oggetto, e ne generiamo il concetto » ⁽⁶⁸⁾. Il fatto che non possa essere « dimostrato », dipende dalla circostanza per cui il procedimento che tale dimostrazione

⁽⁶⁷⁾ Chiariamo ancora come con enunciato o frase « normativa » non si intenda, qui, un enunciato che prescriva l'osservanza della prescrizione che ha ad oggetto (una « norma » *su* una « norma »), ma un enunciato che *legittima* — ossia rende obbligatoria — la prescrizione su cui verte (che fa, cioè, del dover-essere prescritto un dovuto). Esso presenta, pertanto, più affinità con un'enunciazione di tipo « performativo ».

⁽⁶⁸⁾ Cfr., sul punto, S. VECA, *Fondazione e modalità in Kant*, Milano, il Saggiatore, 1969, pp. 312 e ss.; M. STAMPA, *Modalità e teoria dell'oggetto nell'Analitica di Kant*, Milano, LED, 2000, pp. 139 e ss.; A. MORETTO, *Matematica*, in *L'universo kantiano. Filosofia, scienze, sapere*, a cura di S. Besoli, C. La Rocca, R. Martinelli, Macerata, Quodlibet, 2010, pp. 261-313.

richiederebbe è esattamente quello attraverso il quale si giunge alla costruzione del concetto stesso.

Tale *circolarità*, tuttavia, non è aporetica, ma necessaria: i postulati — così come tutte le proposizioni fondamentali — non possono che essere dimostrati « risalendo a ciò che proprio essi rendono possibile, e cioè fanno sorgere » (69). Nel nostro caso, il carattere di « postulato » della frase normativa — come tale eterogenea rispetto alla prescrittiva — dipende dal fatto che essa non può che essere provata o giustificata se non in forza delle *conseguenze* che ne derivano, ossia della possibilità, attraverso di essa, di quell'obbligatorietà della prescrittiva di cui possiamo fare esperienza (70). Per Kant, in altri termini, la normatività della norma — ossia ciò che fonda diritto come diritto — non è, proprio *in quanto* fondamento, qualcosa che sarebbe disponibile, « una cosa a nostra disposizione, a cui ricorrere per trovarvi semplicemente un sostegno » (71): non è qualcosa di « dato », e dunque una « norma » *posta*, esistente, di cui si potrebbe fare immediatamente esperienza come di un « fatto ». Piuttosto, per Kant, la normatività in tanto può fondare l'obbligatorietà delle norme in quanto basi su queste ultime la propria fondazione, ossia in quanto queste ultime non si rivelino possibili (come norme) se non « postulando », presupponendo ciò che le

(69) M. HEIDEGGER, *La questione della cosa. La dottrina kantiana dei principi trascendentali*, trad. it. a cura di V. Vitiello, Milano, Mimesis, 2011, p. 208.

(70) Possiamo tradurre ulteriormente, allora, l'eterogeneità tra carattere prescrittivo e carattere normativo dell'enunciato. Rispetto alla prescrittiva (P): « È obbligatorio X », la normativa (N): « È obbligatorio obbedire a P » non costituisce, dal punto di vista che abbiamo tentato di ricostruire, una *prescrizione*: non pone, cioè, a sua volta l'obbligo di obbedire a P. Né, tuttavia, essa va intesa come una *descrittiva* di P (ossia come se si limitasse a descrivere l'esistenza di una norma P che prescrive X). N è un enunciato « pratico », e quindi di per sé né vero né falso, il quale, enunciandosi, rende obbligatoria P — ossia *fa* di P una norma, che come tale, in quanto norma, deve-essere obbedita, senza per questo « prescriverne », comandarne l'osservanza. Il primo punto, allora, da osservare è che la normativa *non pone un obbligo*, ma *fa* di qualcosa un obbligo. Il secondo punto riguarda la sua natura di *postulato*: la « performatività » propria della normativa, cioè, non è qualcosa di « dato », non è una « proprietà » che spetterebbe a certi enunciati e non ad altri o un certo « uso » che si potrebbe fare del linguaggio. La normativa, diversamente, è tale solo in forza delle conseguenze cui dà luogo: è, cioè, resa tale, « dimostrata », dalle stesse conseguenze che rende possibili, e solo da esse.

(71) HEIDEGGER, *La questione della cosa*, cit., p. 208.

rende tali. Non è, evidentemente, la mera *esistenza* della norma ciò che consente di presupporre la sua obbligatorietà: per Kant, infatti, è soltanto laddove la limitazione della mia libertà attraverso le norme esistenti funzioni nel senso di assicurarne la realizzazione, che l'obbligatorietà della norma, *come se* fosse un postulato (*als ein Postulat*), trova la propria « giustificazione » (72).

Il passaggio alla normatività — intesa nei termini di un « postulato » — è ciò che consente di definire compiutamente il carattere *circolare* del movimento logico proprio della giuridicità. La normatività delle norme (o, se si vuole, ciò che costituisce il diritto come diritto), è possibile, infatti, solo attraverso ciò che essa rende a sua volta possibile (sarà il tema, questo, che attraversa il recupero del kantismo da parte di Kelsen, su cui non occorre ora soffermarsi). Tale « circolarità » non costituisce affatto un limite, o un'aporìa: essa indica, diversamente, come il « fondamento » del diritto non possa in alcun modo essere inteso nei termini di qualcosa di « dato » (una norma o un principio esistenti, presenti nell'ordinamento). Il fondamento *del* diritto non è mai un *fatto* (compreso lo stesso fatto del diritto), ma è il diritto stesso, nel suo poter pervenire alla propria fondazione.

È a partire da qui che allora può essere individuato il problema fondamentale della *Rechtslehre*, ossia la corretta posizione della domanda *Was ist Recht?*, ed il suo necessario passaggio attraverso la discussione del « modo » di obbligare proprio del diritto. Questo passaggio non riguarda affatto, secondo la lettura che abbiamo tentato di svolgere, il problema della distinzione tra due enunciati *prescrittivi* — quello proprio della legge morale e quello della legge giuridica —, ma l'individuazione del diritto quale linguaggio *normativo*, e *non* prescrittivo. Ancora una volta, occorre sapere leggere sino in fondo una tesi apparentemente paradossale come quella secondo cui il diritto, di per se stesso, *non prescrive nulla*, non produce né esprime norme. Se tale tesi, infatti, dipende e deriva, in Kant, certamente dalla sua definizione del *dovere* — della prescrittività che è propria della legge morale —, essa consente, al contempo, di individuare la problematica propria del diritto, la quale

(72) Non si tratta, pertanto, di una semplice « idea regolativa », come suggerisce invece R. ZIPPELIUS, *Geschichte der Staatsideen*, München, Beck, 1976, p. 144.

attiene non alla determinazione del dovere, ma di ciò che consente di fare di quel dovere un *dovuto* (normatività). La domanda sul diritto, in tal modo, si estrinseca e si lascia interrogare, in quanto domanda sul fondamento del diritto, a partire da una nuova determinazione dello stesso concetto di « fondamento », non più inteso nei termini di una « base », di un supporto esistente o *posto*, ma nei termini di ciò a cui si può giungere soltanto percorrendo sino in fondo la « circolarità » cui il problema della normatività dà luogo.

EMANUELE CASTRUCCI

FORMA GIURIDICA E PROCESSUALITÀ ECONOMICA
SULLE TRASFORMAZIONI DELLA TEORIA GENERALE
DEL DIRITTO EUROPEA NEL QUADRO
DELLA CRISI DEI PRIMI ANNI '30

1. La teoria delle fonti nella dottrina giuridica europea dei primi anni trenta. Suoi rapporti con l'analisi economica. — 2. Leggi-provvedimento e clausole generali nel passaggio dal regime concorrenziale dello Stato di diritto liberale all'economia sociale massificata. L'istituzionalismo giuridico. — 3. L'evoluzione del formalismo kelseniano in relazione alle trasformazioni funzionali dello Stato. La nomodinamica. — 4. Processualità giuridica e processualità economica. Il dibattito interno al formalismo giuridico e la prospettiva normologica. — 5. Spunti di reinterpretazione della teoria delle fonti nella scuola ceca: Merkl, Weyr, Sedláček. La *Revue Internationale de la théorie du droit*. — 6. Processualità e circolarità. La revisione della dottrina pura del diritto e il suo definitivo capovolgimento in Alf Ross.

1. *La teoria delle fonti nella dottrina giuridica europea dei primi anni trenta. Suoi rapporti con l'analisi economica.*

Prima di iniziare ad affrontare, dall'angolazione che è propria della dottrina giuridica europea dei primi anni trenta del Novecento, il tema teorico-generale delle origini del modello di Stato attore e garante del processo economico (particolarmente in relazione al problema dell'esecutività pratica degli atti e dei provvedimenti), è opportuno anticipare brevemente alcune considerazioni sugli aspetti storico-sociali che caratterizzano la transizione a questo nuovo tipo di realtà istituzionale. Emerge subito, in questo senso, la questione — di rilevanza anzitutto politico-economica, ma anche storico-spirituale, specie se proiettata nel quadro generale del tramonto spengleriano dell'Occidente, — della c.d. socializzazione (*Vergesellschaftung*) delle categorie fondamentali della civiltà giuridica, che vede nel medesimo periodo avverarsi il compimento e il superamento della concezione classica della legge e del principio di legalità

ad essa collegato ⁽¹⁾. Ma emerge in pari tempo, in una prospettiva che concerne sia la scienza che la tecnica giuridica (nel senso di Géný), la questione della *revisione della teoria delle fonti* di ascendenza positivista alla luce di una nuova proposta dottrinale pluralistica ed istituzionalistica ⁽²⁾. È in questo stesso contesto che prende forma lo sforzo di concepire il diritto e lo Stato come momenti essenzialmente dinamici, al cui apparato concettuale — opportunamente rinnovato — attingere al fine di governare il *processo di istituzionalizzazione/massificazione della realtà economico-sociale* che iniziava a imporsi in quegli stessi anni.

Se è vero che il passaggio dal modello classico dello Stato di diritto liberale allo Stato sociale e pluralista può essere inteso come un tentativo giuridico-istituzionale di garantire, in riferimento alla concezione keynesiana della stabilità del ciclo economico e del mantenimento dell'equilibrio complessivo, lo sviluppo dell'economia nella piena estensione della realtà sociale emergente, è anche vero che dopo il 1929 l'analisi economica avrebbe ampliato la

⁽¹⁾ Cfr. in questo senso F. NEUMANN, *Der Funktionswandel des Gesetzes im Recht der bürgerlichen Gesellschaft*, in « Zeitschrift für Sozialforschung », VI (1937), pp. 542-596 (trad. it. in *Id.*, *Lo Stato democratico e lo Stato autoritario*, Bologna, 1973, pp. 245-296). « Se si ritiene con Carl Schmitt che la generalità della legge sia un mezzo per soddisfare le esigenze della libera concorrenza, allora diventa ovvia la conclusione che con la fine di quest'ultima e la sua sostituzione con il capitalismo di Stato organizzato, scompaiono anche la legge generale, l'indipendenza dei giudici e la separazione dei poteri, e che la vera legge consisterà poi nei comandi del Führer o nei principi generali (*Generalklauseln*) » (ivi, p. 268).

⁽²⁾ Al fine di chiarire il significato dell'espressione « istituzionalismo giuridico » è opportuno circoscriverne l'area a quelle correnti culturali facenti capo alla teoria delle *associazioni intermedie*, ovvero delle *istituzioni*, elaborata dalla dottrina francese nel medesimo periodo (Duguit, Renard, Hauriou). L'elaborazione del concetto di *institution* da una parte valeva ad individuare come fenomeni giuridici (ossia ad attribuire il carattere di « realtà giuridica ») a fenomeni associativi che per il diritto legale vigente apparivano irrilevanti giuridicamente; dall'altra parte serviva ad attribuire rilevanza giuridica, direttamente all'interno dell'ordinamento generale dello Stato, alla produzione normativa delle associazioni individuate come realtà giuridiche. Questo indirizzo della dottrina giuridica cattolica francese — di cui Maurice Hauriou fu uno tra i più fortunati rappresentanti — si inserì nella tendenza più generale della cultura giuridica francese del tempo, volta ad attribuire rilevanza e ad accordare tutela giuridica ai sindacati dei lavoratori e alla contrattazione collettiva. Nelle associazioni intermedie, prime cellule di socialità, le individualità conquistano la dimensione dell'« oggettività istituzionale ».

categoria dello sviluppo fino a ricomprendere all'interno di essa la possibilità stessa di una sua crisi ⁽³⁾. Il *concetto di crisi* veniva così ad esser visto come parte integrante dell'elaborazione teorica del ciclo economico, se non addirittura ad essere considerato elemento propulsivo di quest'ultima. In questo senso dovevano essere rilette e riconsiderate a loro volta anche le categorie teoriche fondamentali dell'ordinamento giuridico, al fine di rapportarle ai momenti di frattura inevitabilmente conseguenti alle decisioni fondamentali della politica economica.

Da questo punto di vista le categorie giuridiche possiedono una loro indubbia specificità, suscettibili come sono ad essere sottoposte ad una costante opera di rielaborazione dottrinale, così da poter riconfluire, vivificate, in un sistema teorico che rispecchi effettivamente l'esperienza giuridica concreta ⁽⁴⁾. Dove va però notato che la scienza giuridica, pur nella sua funzione di teorizzazione complessiva, non sempre mostra di avere una cognizione adeguata della funzione strategica peculiare che di volta in volta essa detiene. Si osserva infatti come nel periodo storico considerato si vada manifestando nella dottrina una chiara *condizione di inadeguatezza*, dovuta essenzialmente alla coscienza dell'irrapresentabilità della realtà storico-materiale entro gli schemi della classica teoria giuridica delle fonti, di ascendenza formalista e positivista, cresciuta e sviluppatasi assieme all'idea dello Stato di diritto. La teoria gius-

⁽³⁾ Si innesta qui la problematica analizzata da J.A. Schumpeter che, soprattutto nei *Business Cycles* (1^a ediz. 1939), procede a teorizzare il tema dello sviluppo economico nel suo intrecciarsi con la crisi. Cfr. anche dello stesso Schumpeter, in relazione al medesimo ordine problematico, la voce *Unternehmer*, in *Handwörterbuch der Staatswissenschaften*, Bd. 8, Berlin, 1926, pp. 476-487; *The Analysis of Economic Change*, in « Review of Economic Statistics », May 1935, pp. 2-10; *Theoretical Problems: Theoretical Problems of Economic Growth*, in « The Journal of Economic History », 7 (1947), pp. 1-9. Già al 1932 risale la traduzione italiana della sua *Theory of Economic Development* (*Teoria dello sviluppo economico*, in *Dinamica economica*, « Nuova collana degli economisti », V, Torino, 1932, pp. 17-182).

⁽⁴⁾ Così si esprimeva già Enrico Opocher riguardo alla situazione culturale della scienza giuridica degli anni trenta: « Si trattava di adeguare la scienza giuridica allo sviluppo della vita sociale, di interpretare le nuove forme oltre gli schemi di una metodologia modellata su una dimensione del fenomeno giuridico ormai decisamente superata da quello sviluppo » (E. OPOCHER, voce *Esperienza giuridica*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XV, 1966, p. 737).

positivista, giunta — nelle sue pur diverse e disparate accezioni — alla conclusione che « il diritto si definisce attraverso le sue fonti », rivela in altre parole l'inadeguatezza della nozione stessa di fonte di produzione giuridica a fornire al mondo sociale uno schema ordinativo che non si riduca a semplice sovrapposizione intellettualistica di forme razionalizzanti su contenuti irriducibili. Il problema di fondo è dato dal delicato equilibrio teorico tra *principio di effettività* da una parte e *schema di validazione normativa* (concetto di derivazione tipicamente formalista e positivista) dall'altra, alla luce della raggiunta consapevolezza della preminenza del primo sul secondo. Con Kelsen, « si è costretti a riconoscere per necessità di cose che l'ideologia normativa in tanto è valida, in quanto è accettata dal mondo dell'essere. [Tuttavia] questo finale richiamo al mondo della concreta realtà, al mondo del *Sein*, se garantisce l'effettività del sistema, se cioè lo reintroduce nell'ambito della mondanità, [...] non scalfisce la sua essenza meramente formalistica » (5).

Ma, nonostante tutto, si riconosce nella tensione filosofica al monismo che pervade la teoria delle fonti dell'epoca la ricerca di una fondazione unitaria dell'ordinamento, che si riflette in un dibattito dottrinale assai vario e articolato. Questo anche se è vero che la ricerca dell'unità del quadro normativo lascia talora intravedere la nostalgia filosofica di un sistema reale/razionale solido, privo di fratture e discontinuità: una sorta di rassicurante sistema hegeliano in cui ogni determinazione normativa particolare, individuale, finisce per trovare giustificazione e garanzia in ragione del suo rapporto col tutto. Una simile tensione dottrinale — perfettamente utopica ma tuttavia presente nelle posizioni idealiste ricorrenti nel dibattito del tempo — sarebbe stata in tal senso rivelatrice della ininterrotta continuità del sogno razionalista di vedere giuridicità e società ricongiungersi armoniosamente nelle molteplici articolazioni del reale.

Ma agli inizi degli anni '30 del ventesimo secolo, di fronte all'affermarsi della massificazione sociale, una simile immagine, riproposta in senso monista in alcuni, pur rilevanti, svolgimenti della

(5) Così E. PARESCHE, voce *Fonti del diritto*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XVII, 1968, p. 901. Il riferimento è chiaramente all'opera di H. KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Tübingen, 1911¹, *Vorrede*, p. V ss.

teoria dello Stato di diritto normativista, non poteva che apparire in tutta la sua inadeguatezza. Ora il quadro che si offriva all'analisi era infatti ben diverso, frammentato nei particolarismi di una realtà sociale non più ricomponibile in sistema, scontando in ciò la mancanza — nell'ambito della riflessione giuridico-dottrinale — di una teoria dell'atto immediatamente esecutivo, ossia di una *norma effettiva individuale* ⁽⁶⁾.

È propriamente l'evoluzione immanente all'opera kelseniana, dai *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* del 1911 alla prima versione del 1934 della *Reine Rechtslehre*, che esemplifica con chiarezza quest'ordine di problemi. Come osserva Losano, sulla scia della critica seguita alla prima apparizione dei *Hauptprobleme* si verifica nel dibattito dottrinale del tempo una progressiva revisione delle impostazioni tradizionali della teoria delle fonti, una revisione che conduce presto ad un vero e proprio ribaltamento. Attorno al problema specifico della qualificazione delle norme individuali, ovvero del momento più chiaramente *esecutivo* del volere giuridico nella particolarità, Kelsen rimette in discussione la visione statica dominante — entro la quale egli stesso si era mosso fino ad allora — alla ricerca di un ordine sistematico capace di riunire, nel movimento circolare dei suoi elementi interni, esclusivamente normativi, produzione ed esecuzione, generalità e particolarità, norma generale e norma individuale. In questo senso va intesa l'introduzione della dimensione *nomodinamica* nella dottrina pura del diritto:

Kelsen ritenne di soddisfare quest'esigenza [= di includere nella teoria dell'ordinamento le c.d. 'norme individuali'] sostenendo che le norme giuridiche generali prevedevano in astratto gli atti di individualizzazione. Alcuni critici interpretarono però l'affermazione come se, dalla norma giuridica generale, si potesse dedurre l'atto di individualizzazione secondo le leggi della logica; Kelsen intendeva invece tracciare una distinzione che quasi ricalcasse quella tra concetto astratto e rappresentazione concreta [...]. Se l'atto con cui si applica il diritto costituisce l'individualizzazione della norma giuridica astratta, l'ordinamento giuridico deve comprendere non solo la norma giuridica astratta, ma anche gli atti di individualizzazione. [...] Ma ciò presuppone che le norme giuridiche generali e le norme giuridiche partico-

(6) Già nell'elaborazione kelseniana degli anni venti risulta evidente — come è stato opportunamente notato — che « lo Stato entra in contatto con la società soprattutto sotto forma di norme giuridiche individuali » (M.G. LOSANO, *Saggio introduttivo* a H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1966, p. XXVIII).

lari siano entrambe norme giuridiche, cioè facciano parte dell'ordinamento giuridico (7).

Un grande passo avanti viene compiuto in questa fase, nel quadro di quello che potrebbe essere definito il processo di 'pan-giuridicizzazione' dell'attività sociale, dando seguito all'intenzione di inserire l'intera trama dei rapporti individuali (amministrativi, contrattuali, giurisdizionali, ecc.) nell'identità di un unico rapporto genetico, comunemente normativo. Così, se la statuizione e l'individualizzazione delle norme giuridiche generali non sono più evento metagiuridico, se viceversa « negli scritti immediatamente successivi ai *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* Kelsen si convince gradualmente che l'unità dell'ordinamento giuridico deve essere ricercata nel processo dinamico della statuizione » e che « si deve afferrare giuridicamente non soltanto il *Sein*, l'essere della norma giuridica, ma anche il suo *Werden*, il suo divenire » (8), il modello è ormai così delineato e non resta che procedere al passo fondamentale della sua

(7) Ivi, p. XXV. Non diversamente da quanto avviene per gli atti di individualizzazione, la prospettiva monista kelseniana esclude anche la frammentazione dell'ordinamento in singoli settori: cfr. sul punto G. BALLADORE PALLIERI, *Dottrina dello Stato*, Padova, 1964, p. 67: « Il cosiddetto ordinamento derivato, e cioè l'ordinamento che trae il suo valore dalle norme di un altro più ampio e superiore ordinamento, è in realtà solo una parte o un frammento di ordinamento (*Teilordnung*) poiché, qualunque siano i suoi elementi discretivi, in base ai quali si raccoglie ad unità, è pur sempre in connessione con le norme dell'ordinamento dal quale deriva, appartiene al sistema di quest'ultimo ».

(8) LOSANO, *Saggio*, cit., p. XXVI. Come osserva opportunamente P. Costa, « L'analisi 'dinamica' dell'ordinamento è una prospettiva che Kelsen, in scritti successivi ai *Problemi fondamentali*, elabora accogliendo, come egli stesso riconosce, gli spunti presenti in vari saggi di Alfred Verdross e soprattutto di Adolf Merkl. Un nervo ancora scoperto, o almeno una verità solo adombrata ma non svolta compiutamente nei *Problemi fondamentali*, è proprio e anzitutto il rapporto fra legge e atto dell'amministrazione: volontà astratta, la prima, azione concreta, il secondo, che proprio in quanto 'esecuzione' si pone come la concretizzazione della norma astratta. Ciò che resta ancora in ombra nella *summa* del 1911 è il carattere interamente giuridico dell'atto 'esecutivo': negli scritti degli anni Venti Kelsen è invece in grado di concepire gli 'atti statali individuali dell'esecuzione' come vere e proprie norme giuridiche, cancellando con questo l'ultima traccia di dualismo tra Stato e diritto ancora nascosta fra le pieghe dei *Problemi fondamentali* » (P. COSTA, *Civitas. Storia delle cittadinanza in Europa. 4. L'età dei totalitarismi e della democrazia*, Roma-Bari, 2001, pp. 29-30). Ma per l'argomento qui trattato si veda di questo volume l'intero cap. I, pp. 3-149, e la relativa bibliografia alle pp. 517-525.

traduzione in termini storico-politici. Si tratta cioè di farlo funzionare nelle singole articolazioni della realtà sociale, nel progetto utopico di un superamento di tutte le crisi istituzionali (così il 1929), in un movimento ininterrotto.

È comunque interessante osservare come, di fronte al processo sempre più imponente di massificazione della società, le posizioni registrate all'interno della dottrina giuridica siano in realtà solo apparentemente tra loro contrastanti. L'exasperazione formalistica della dottrina pura muove infatti da un'impostazione solo in apparenza difforme rispetto a quella espressa dalle dottrine istituzionalistiche o sociologiche. Va notato ancora una volta che in entrambi i casi il nodo problematico centrale resta quello dell'*effettività*, della corrispondenza del comportamento sociale ai comandi e alle decisioni dichiarate legittime, la cui esecutività deve essere in ogni caso assicurata ⁽⁹⁾. Il comando giuridico, normativisticamente inteso, vede nel confronto/scontro con i soggetti sociali cui esso è rivolto il banco di prova per verificare fattualmente la propria consistenza, mirando pertanto a ottenere conferma in qualcosa che lo trascende. Trova un limite in questo senso la stessa esigenza metodologica, caratteristica della dottrina pura, di evitare ogni forma di eterointegrazione nella storia, ovvero di scongiurare la contaminazione della struttura normativa con la fattualità sociologicamente rilevabile. Tutto ciò laddove le teorie istituzionalistiche convergono nella diretta valorizzazione di tale fattualità, intendendo riconoscere in essa i segni della presenza di una giuridicità spontanea. Ma se i termini del percorso risultano nei due casi invertiti, identica è — come si è detto — l'intenzione che li determina, ossia l'obiettivo di salvaguardare la prevedibilità/calcolabilità dei comportamenti sociali nel quadro di una regolarità complessiva, al tempo stesso normativa e istituzionale.

⁽⁹⁾ « Se si pone al posto del concetto di realtà, intesa come efficacia dell'ordinamento giuridico, il concetto di forza, allora il problema del rapporto tra validità ed efficacia dell'ordinamento giuridico coincide con quello assai più corrente del rapporto tra diritto e forza » (H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto* [= LDP], Torino, 1967, p. 101).

2. *Leggi-provvedimento e clausole generali nel passaggio dal regime concorrenziale dello Stato di diritto liberale all'economia sociale massificata. L'istituzionalismo giuridico.*

Nella dottrina giuridica tedesca tra le due guerre l'obiettivo di armonizzare il diritto positivo statale con le nuove tendenze istituzionalistiche veniva perseguito con l'ausilio di tecniche normative specifiche, come il ricorso a clausole generali (*Generalklauseln*) aventi la funzione di mitigare il contrasto che poteva verificarsi, da un lato, tra il diritto positivo e i principi generali dell'ordinamento, e dall'altro tra lo stesso diritto positivo, consegnato ad una norma consolidata, e i comandi puntuali — assai spesso tra loro slegati — provenienti dall'autorità riconosciuta legittima (come nel caso classico del *Führertum*). In questo contesto l'istituzionalismo giuridico schmittiano viene ad interpretare, in maniera adeguata e razionale rispetto allo scopo, la necessità di disporre di una fitta rete di comandi puntuali, tesi a decidere, nella forma prevalente del provvedimento (*Maßnahme, Verordnung*), situazioni concrete su cui l'ordinamento presentava lacune e dimostrava evidenti incapacità di intervento ⁽¹⁰⁾. L'elemento caratteristico di quest'epoca sta precisamente nel fatto che

il procedimento legislativo diventi sempre più veloce e sommario, che il percorso che porta alla realizzazione dell'ordinamento legale diventi sempre più breve, che la partecipazione della scienza del diritto risulti sempre più limitata. [...] Il decreto e il provvedimento rimuovono la legge. Dubbi di carattere costituzionale riguardo a tale prassi sorgono ovunque e risultano evidenti. [...] È stato detto del provvedimento [*Verordnung*] che esso è la 'legge motorizzata'. Ma con la motorizzazione della legge in mero provvedimento non si è ancora giunti al culmine delle semplificazioni e delle accelerazioni. Nuove accelerazioni vengono dall'ordinamento del mercato e dalla conduzione statale dell'economia, con le sue numerose deleghe e sottodeleghe trasferibili ad organi, associazioni e mandatari che dirigono l'economia. Così in Germania, in tale ambito, al concetto di 'provvedimento' [*Verordnung*] si è affiancato quello di 'ordinanza' [*Anordnung*]. L'ordinanza è la 'forma elastica della legislazione' che supera il provvedimento per la velocità di attuazione e la semplicità di notifica. Come il provvedimento

⁽¹⁰⁾ C. SCHMITT, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, Hamburg, 1934 (trad. it. parziale in ID., *Le categorie del 'politico'*, a cura di G. Miglio e P. Schiera, Bologna, 1972, p. 247 e ss.).

viene definito una 'legge motorizzata', così l'ordinanza può essere detta un 'provvedimento motorizzato' ⁽¹¹⁾.

È ora soprattutto l'ottica contrattualista tipica del sistema liberale di mercato a venir meno con l'affievolirsi dell'ideologia economica del primato della concorrenza, facente perno sul presupposto dell'esistenza, e dell'effettualità, di soggetti individuali in grado di interagire attivamente in un quadro normativo segnato ancora dalla prevalenza dei rapporti di diritto privato (proprietà e contratti).

Dal confronto tra i caratteri fondamentali che segnano l'impronta positivista del diritto pubblico statale, da una parte, e il « nuovo » istituzionalismo dall'altra, emerge come la teoria positivista mantenesse ferma la centralità del concetto tradizionale di « persona giuridica » dotata di diritti subiettivi, laddove l'istituzionalismo prevedeva l'eliminazione programmatica di questa ⁽¹²⁾. Pur nel quadro di una forte rivalutazione del momento istituzionalistico, lo Stato stesso continuava ad essere visto quale persona giuridica (*Staatsperson*), come già era avvenuto classicamente in Jellinek. Fino al punto da considerare — come osserva ancora Neumann — che detentori della sovranità non fossero « dei gruppi sociali, ma la *Staatsperson* stessa che opera attraverso dei rappresentanti » ⁽¹³⁾. Mentre infatti per il positivismo « la personalità giuridica è la

⁽¹¹⁾ Così si esprime incisivamente ancora Schmitt nella sua conferenza sulla scienza giuridica europea del 1943-44: C. SCHMITT, *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft*, in ID., *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, Berlin, 1958, pp. 404-407 (trad. it. *La condizione della scienza giuridica europea*, a cura di A. Carrino, Roma, 1996, pp. 58-62). Il passo citato si conclude con l'amara constatazione « Qui cessa il margine d'azione di una scienza del diritto autonoma puramente positivista. La legge si trasforma in uno strumento di pianificazione » (ivi, p. 407; trad. it. cit., p. 62).

⁽¹²⁾ « L'essenza dell'istituzionalismo è l'eliminazione del concetto di persona giuridica dal sistema giuridico, la separazione della nozione di istituzione da quella di persona giuridica e il carattere assoluto conferito all'istituzione. Il concetto di persona giuridica viene sostituito con la 'concreta posizione giuridica del membro della comunità etnica', poiché il mantenimento dei vecchi concetti liberali distruggerebbe la 'comunità etnica' » (NEUMANN, *Der Funktionswandel*, trad. it. cit., p. 293). Neumann cita su questo punto il saggio di E.R. HUBER, *Die Rechtsstellung der Volksgenossen*, in « Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft », XCVI (1936), p. 448.

⁽¹³⁾ NEUMANN, *Der Funktionswandel*, trad. it. cit., p. 291.

maschera economica del rapporto di proprietà, l'istituzionalismo attacca il concetto di persona sostituendolo con quello di istituzione, il quale, a differenza del concetto liberale di persona giuridica, non nasconde le differenziazioni » (14). In conclusione accade che i due concetti di *Staatsperson* e di sovranità vengano eliminati: lo Stato come istituzione diviene allora un parallelogramma di forze, ovvero una comunità che poggia organicamente su altre comunità di ordine inferiore. Il concetto di sovranità diviene superfluo perché il potere esercitato da tale Stato cessa di essere un potere esterno. Quanto al concetto di persona giuridica, esso — conclude Neumann — non è nient'altro che una maschera sociale,

ma questa maschera nasconde soltanto, non elimina chi la porta, e una presenza può ancora intuirsi dietro la maschera. Nel periodo della libera concorrenza non era necessario che il proprietario si mimetizzasse, poiché come individuo non esercitava un grande potere economico e sociale; non era il singolo individuo, ma la totalità di quegli individui, cioè il sistema, che esercitava il potere sull'uomo [...]. Con l'istituzionalismo invece, teoria giuridica dei monopoli, si toglie la maschera ma nello stesso tempo sparisce colui che la porta, il proprietario. Non si parla più di proprietari, ma di fabbriche e di imprenditori (15).

Dunque lo Stato si socializza, ma la società si avvia ad essere pianificata nei tempi e nei modi imposti dal processo economico, di cui lo Stato si assume direttamente carico. Come osservava negli stessi anni lo stesso Keynes,

mentre l'allargamento delle funzioni di governo, richiesto dal compito di equilibrare l'una all'altro la propensione a consumare e l'incentivo a investire sarebbe sembrato ad un pubblicista del XIX secolo o a un finanziere americano contemporaneo una temibile usurpazione ai danni dell'individualismo, io lo difendo — al contrario — sia come l'unico mezzo attuabile per

(14) *Ibidem*.

(15) Ivi, pp. 293-4. Nota ancora Neumann che « la stretta parentela tra istituzionalismo e capitalismo monopolistico fu ammessa implicitamente da Carl Schmitt nel caratterizzare la 'teoria delle strutture' di Gottl-Ottlilienfeld come una teoria economica molto appropriata alla Germania. Gottl-Ottlilienfeld, uno dei più importanti economisti tedeschi, nella sua teoria economica elimina l'individuo, sostituendolo con strutture sociali che sono o 'elementari' o 'strumentali' » (ivi, pp. 295-6). Di F. Gottl-Ottlilienfeld cfr., nel periodo considerato, *Vom Sinn der Rationalisierung*, Jena, 1929; *Wesen und Grundbegriffe der Wirtschaft*, Leipzig, 1932; *Der Mythos der Planwirtschaft*, Jena, 1933; *Volk, Staat, Wirtschaft und Recht*, Berlin, 1936.

evitare la distruzione completa delle forze economiche esistenti, sia come condizione di un funzionamento soddisfacente dell'iniziativa individuale ⁽¹⁶⁾.

Lo Stato si evolve a Stato sociale massificato, mentre l'amministrazione da garante dell'ordine diviene sostegno attivo del processo di produzione. Resta tuttavia ben salda l'intenzione della scienza giuridica di non abbandonare con ciò gli schemi dello Stato di diritto, bensì di adattarli alla nuova realtà della pianificazione economica. Ma tale progressiva trasformazione, descritta incisivamente soprattutto da Ernst Forsthoff, dello Stato di diritto in Stato sociale e pianificatore è nella sostanza ben problematica:

Il legislatore non emana più soltanto leggi generali e astratte. Molte leggi hanno il carattere di *provvedimenti*, che vengono emanati in una data occasione, per eliminare una necessità concreta. La legislazione ha assunto in sé i caratteri dell'azione. La trasformazione sul piano costituzionale dello Stato legislativo di diritto in uno Stato amministrativo è evidente ⁽¹⁷⁾.

Il nuovo ruolo dello Stato quale imprenditore collettivo toglie spazio ai rapporti sostanzialmente privatistici che stavano alla base dello Stato di diritto. Ma non per questo lo Stato pianificatore intende rinunciare agli schemi consolidati di quest'ultimo: lo scopo è anzi propriamente quello di mostrare come la socializzazione dell'attività economica nel suo complesso non comporti la negazione formale dello Stato di diritto, ma che quest'ultimo continui anzi a sussistere ancorché reso massificato. In questo processo la scienza giuridica si assume il compito di formalizzare l'attività di gruppi sociali intermedi — in massima parte facenti capo a monopoli —, da

⁽¹⁶⁾ J.M. KEYNES, *The General Theory of Employment, Interest and Money*, London, 1936 (trad. it. Torino, 1959, p. 338). Fino a concludere: « Vorrei vedere che lo Stato [...] si assumesse una sempre maggiore responsabilità nell'organizzare direttamente l'investimento » (ivi, p. 143). In netta contrapposizione con le concezioni teoriche tradizionali, Keynes poneva come è noto l'accento sulla domanda aggregata come quale elemento determinante il livello della produzione e dell'occupazione. E constatata l'insufficienza della domanda aggregata privata ad assicurare il pieno impiego delle risorse disponibili, egli giungeva a incorporare nel proprio modello la spesa statale come strumento principale di manovra in un contesto istituzionale in cui lo Stato assumeva in maniera non episodica il compito di regolare l'economia al fine di assicurare piena occupazione e stabilità dello sviluppo economico.

⁽¹⁷⁾ E. FORSTHOFF, *La repubblica federale tedesca come Stato di diritto e come Stato sociale*, in « Riv. trim. di diritto pubblico », 1956, pp. 553-554.

privilegiare quali soggetti portatori del progetto di sviluppo economico. A fronte dell'estendersi di fatto del loro potere nella società si rendeva necessaria l'attribuzione di giuridicità immediata all'attività da essi svolta.

Nel campo della dottrina giuridica un riflesso tangibile di questo processo lo si vede nell'elaborazione delle teorie sociologiche del diritto di matrice anglosassone (ad es. in Laski) ⁽¹⁸⁾, ma anche nelle teorie dialettiche del diritto sociale (ad es. in Gurvitch) ⁽¹⁹⁾. È soprattutto la tematica emergente del *pluralismo giuridico* che assume e sviluppa i temi istituzionalistici collegandoli ad una critica radicale ai canoni del positivismo giuridico. I gruppi sociali agenti acquistano infatti nel quadro teorico del pluralismo un particolare riconoscimento e una definitiva legittimazione quali elementi portatori di valore nell'intera struttura sociale. Permane dunque, intrinseca alla rappresentazione istituzionalistica nel suo complesso, una evidente intenzionalità apologetica, tesa a riconoscere nel raggiungimento del consenso l'obiettivo ideologico primario, da conseguire comunque, non importa se in assenza di una cosciente partecipazione dei destinatari al processo decisionale ⁽²⁰⁾.

⁽¹⁸⁾ Cfr. in quegli stessi anni H. LASKI, *The Pluralistic State*, in ID., *Foundations of Sovereignty*, London, 1931.

⁽¹⁹⁾ Cfr. G. GURVITCH, *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Paris, 1935. Ma si consideri anche quanto sostenuto dallo stesso Gurvitch a favore della tesi del necessario pluralismo delle fonti primarie del diritto nel sintetico saggio di presentazione delle linee fondamentali del proprio pensiero: la concezione positivista dello Stato come « fatto normativo primario » è contraddetta « non seulement par toute notre expérience actuelle, qui enregistre l'existence de innombrables centres générateurs du droit (syndicats, coopératives, trusts, usines, églises, services publics décentralisés, unions internationales, Organisation internationale du travail, S.d.N., etc.), elle est infirmée non seulement par l'enseignement de toute l'histoire du droit qui nous dévoile combien le fait normatif de l'État a pu subir la concurrence d'autres faits normatifs, mais elle se détruit encore par des considérations théoriques: celles-ci en effet démontrent avec clarté que chaque communion active et chaque rapport avec autrui qui réalisent, de par leur existence même, des valeurs juridiques positives, peuvent s'affirmer comme des autorités qualifiées et efficientes, qui fondent la force obligatoire du droit positif » (G. GURVITCH, *Théorie pluraliste des sources du droit positif*, in *Annuaire de l'Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*, première session: *Le problème des sources du droit positif*, Paris, 1934-35, pp. 123-4).

⁽²⁰⁾ È il caso di riportare qui un significativo inciso di Georges Burdeau, che esprime sull'argomento un punto di vista lucido e disilluso: « J'étais en Égypte lorsque

Riguardo al rapporto fondamentale tra società civile e Stato politico, che la logica funzionalista interpreta come variabili indipendenti, si riscontra in dottrina il prevalere della tendenza a rendere ancora più elastica la seconda variabile, in modo da attutire per questa via il contrasto inevitabile con la prima. Nell'ambito delle rappresentazioni ideologiche giunge a manifestarsi una forma di utopia sociologica associazionista, in base alla quale sarebbe possibile eliminare o « far sparire » la categoria statale, nel considerarla mera « associazione tra le associazioni » (21). Quella dello Stato interamente calato nella società, o dello Stato che addirittura si dissolve fenomenicamente nella società, diventano così le idee guida di una revisione sociologicamente orientata delle categorie giuridiche.

Ma l'idea di Stato, pur nelle sue incessanti trasformazioni, tesse a riprodurre i movimenti dell'economia sociale massificata e tali da dar luogo in taluni casi ad una sorta di keynesismo giuridico, continua comunque a costituire il principale punto di imputazione istituzionale nell'ambito del diritto pubblico generale, specie sotto il profilo del controllo sull'esecuzione degli atti e del loro coordinamento sistematico. Il che produce inevitabili conseguenze sulla teoria delle fonti. La controversa nozione di un centro di coordinamento personificato per tutta una serie di atti giuridici diviene nei primi decenni del Novecento uno dei nodi cruciali della dottrina giuspubblicistica. Anche se è vero che è talora lo Stato stesso che giunge a ipotizzare un proprio deperimento in quanto punto di

la Constitution a été adoptée; j'ai vu que l'on mettait des haut-parleurs sur les lampadaires et le lendemain matin le peuple a été convié à entendre la Constitution dont lui affirme qu'il était l'auteur. Il en fut si bien convaincu qu'il s'est acclamé lui-même. Avec une société de masse c'est ce que l'on peut attendre aujourd'hui d'un procédé démocratique; ce n'est peut-être pas rationnellement ce qu'on pourrait en souhaiter, mais c'est en fait ce qui est possible [...]. Je ne me fais pas d'illusion, entre nous, sur la qualité de cette participation, mais j'ai très sincèrement, quoiqu'avec quelque regret, la conviction que c'est le seul type de participation auquel nous puissions prétendre aujourd'hui » (G. BURDEAU, *Le plan comme mythe*, in *La planification comme processus de décision*, Paris, 1965, pp. 43-44).

(21) LASKI, *The Pluralistic State*, cit., p. 232 e ss.

imputazione riconducibile alla nozione di « persona »⁽²²⁾, va osservato che un riaggancio del diritto alla società, come quello tentato sulle orme della tradizione realistica del *common law*, non voleva — nelle sue forme più consapevoli — minimamente eludere la categoria statale elaborata dalla giurisprudenza teorica europea continentale: nella rappresentazione che è propria del realismo giuridico la riconciliazione tendenziale tra la società e le categorie del giuridico appare di fatto mediata dal ricorso a concetti originari: « coscienza sociale », « funzione coesiva », « diritto spontaneo », presupponendo un consenso sociale ed una stabilità raggiunta, riflettono la pretesa di costituire delle vere e proprie matrici comuni di socialità e di giuridicità. Ma in realtà essi non fanno che spostare il problema su un piano diverso, questa volta apertamente politico. È solo a partire dalla stabilizzazione di questo che tali concetti iniziano infatti a funzionare.

3. *L'evoluzione del formalismo kelseniano in relazione alle trasformazioni funzionali dello Stato. La nomodinamica.*

Si tratta a questo punto di riprendere l'esame del modello teorico-generale elaborato dalla giurisprudenza europea degli anni venti-trenta nel suo tentativo di interpretare con mezzi analitici adeguati il mutamento intervenuto nel processo economico. Qui è lo Stato di diritto che si sforza di dare una forma alle nuove realtà emergenti dalla vita sociale, e ciò non può avvenire che approfondendo la revisione dei canoni positivistici. I principali tentativi critici partono però proprio dall'interno della stessa dottrina positivista. La prima eco di un incontro tra le mutate condizioni storiche dello sviluppo sociale, da una parte, e la disposizione della teoria del diritto a dar loro forma scientifica dall'altra, sembra infatti svilupparsi entro l'ambito del formalismo giuridico. Più in particolare, nell'evoluzione teorica interna all'opera di Kelsen appare possibile recuperare il filo, non già di un passaggio consapevole alla tematica del nuovo modello di Stato sociale, bensì di una lenta e graduale revisione delle funzioni tipiche dello Stato di diritto. Da queste

(22) Cfr. G. BALLADORE PALLIERI, *La crisi della personalità dello Stato*, in *La crisi del diritto*, Padova, 1953, p. 153.

premesse trae motivazione il ripensamento del problema classico dell'unificazione delle fonti.

Qual è il criterio, per cui certe azioni umane si possono *riferire* non allo stesso uomo che le compie, ma — proprio per mezzo suo — ad un altro soggetto — ad un soggetto ideale — per così dire pensato dietro a quello, cioè allo 'Stato'? Per una osservazione meramente sensibile, cioè per una concezione del reale puramente 'empirica' e 'induttiva' in tal senso, esistono soltanto le azioni dei singoli individui. Se si fanno valere alcune di queste azioni quali atti 'dello Stato' — e per questa concezione lo Stato, almeno in maniera principale, si manifesta soltanto in questi *atti statali* —, allora questa qualità, di essere atto *statale*, non è da ascrivere a queste azioni come una proprietà sensibilmente accertabile (23).

Formalizzazione dell'orizzonte sociale, dunque, come primo passo per una più estesa ricomposizione dell'ordine normativo obiettivo, come unità di quest'ordine nel riconoscimento del fondamento lavorista della costituzione sociale. Il lavoro e la sua organizzazione doveva infatti apparire quale criterio materiale per una fondazione unitaria della realtà sociale. Il riconoscimento dell'universalità del lavoro avrebbe dovuto escludere ogni dualismo, venendo a costituire il modello regolatore di ogni rapporto (24).

Occorre notare che nel formalismo della dottrina pura domina la coscienza del livello di globalità in cui deve essere attuato il progetto giuridico, senza nulla lasciare fuori dal sistema, nella vasta area del metagiuridico. La riduzione kelseniana dello Stato a mero punto di imputazione (*Zurechnungspunkt*), a semplice « espressione personificatrice dell'ordine normativo » ha il suo corrispettivo positivo nel fatto che lo Stato si configura come

(23) H. KELSEN, *Lineamenti di una teoria generale dello Stato ed altri scritti* [= *LTG*], a cura di L. Volpicelli, Roma, 1932, p. 11. Cfr. più avanti la nota 48.

(24) Insiste su questi aspetti A. NEGRI, *La forma Stato. Per la critica dell'economia politica della Costituzione*, Milano, 1977, spec. cap. II. Per Negri, alla cui trattazione faremo ancora riferimento nelle pagine che seguono, « l'eminenza e l'esaltazione del lavoro quale esclusivo criterio di valorizzazione sociale influisce sul diritto in vari modi, ma soprattutto in relazione ai modi di produzione del diritto. Si è infatti consapevoli che questo è il più decisivo dei punti di contatto tra diritto e società. Le attività dell'interpretazione e della giurisdizione, che pure sono continuamente obbligate a fare i conti con la realtà, hanno infatti — in quanto inserite a gradi diversi del sistema — un'esistenza meno esposta, mentre la produzione giuridica si apre su un mondo estraneo al diritto, che tuttavia deve da questo essere apprezzato » (ivi, p. 55).

punto finale comune di riferimento di tutti gli atti statali, qualificati come specificamente normativi, il punto d'incrocio comune di riferimento di tutti i fatti, qualificati come atti statali. [...] Allo 'Stato' quale portatore o 'soggetto' di quegli accadimenti, si perviene soltanto mediante un'operazione spirituale, che qui definiamo come *imputazione*. Lo Stato come soggetto degli atti statali è un *punto di imputazione*. Il criterio, però, per cui in tal modo azioni umane si possono considerare atti statali è unico e solo: che questi fatti — e solo essi — corrispondono in maniera specifica all'ordinamento statale, in quanto essi ricevono per tal modo norma dall'ordinamento stesso, sono in esso contenuti, e si possono quindi ricondurre all'unità di quell'ordinamento (25).

Si considerino brevemente alcune tappe fondamentali di questo percorso (26). Come si è già notato in precedenza, è nel periodo tra la prima edizione dei *Hauptprobleme* (1911) e la seconda (1923) che Kelsen perfeziona la sua teoria dell'ordinamento configurandola in senso gradualistico e pervenendo all'identificazione di Stato e di diritto. Ma è solo nel periodo immediatamente successivo, che va dalla *Allgemeine Staatslehre* (1925) alla prima edizione della *Reine Rechtslehre* (1933), che il deciso ribaltamento in senso nomodinamico dell'impianto classico della dottrina dello Stato giunge a compimento (27). Senza questa svolta nessuno dei successivi sviluppi della dottrina dello Stato sarebbe immaginabile. La stessa fondazione della teoria generale del diritto come scienza dell'unità dell'ordinamento giuridico vien fuori da questa determinazione:

Tutti i problemi della dottrina generale dello Stato sono problemi concernenti la *validità* e la *formazione* dell'ordinamento giuridico; e quindi problemi giuridici. Quelli che si dicono gli elementi dello Stato, la potestà di imperio, il territorio e il popolo, non sono altro che questa validità dell'ordine statale *in sé stesso, nei suoi limiti spaziali e in relazione alle persone*. [...] La teoria dei tre 'poteri' o delle tre 'funzioni' dello Stato ha per oggetto i vari gradi di formazione dell'ordinamento giuridico; gli 'organi statali' non

(25) *LTG*, p. 11.

(26) Per un'analisi più approfondita si rinvia nuovamente, in questo senso, al *Saggio introduttivo* di LOSANO alla seconda edizione della *Reine Rechtslehre*, nella sua traduzione italiana citata (1966), che — nelle parole del suo autore — si presenta « come un contributo storico filosofico sulla formazione » della dottrina pura del diritto kelseniana (ivi, p. XVI).

(27) Tale tendenza nomodinamica si sarebbe poi ancora più accentuata in opere ancora successive, come la *General Theory of Law and State* (1945) e nella seconda edizione della *Reine Rechtslehre* del 1960, alla luce degli apporti della *jurisprudence* di oltreoceano.

possono intendersi che come organi di formazione del diritto; le ‘forme’ dello Stato non sono altro che i *modi di formazione* dell’ordinamento giuridico, che figuratamente si indica come ‘volontà dello Stato’ (28).

Qui l’allontanamento formal-positivista da quelle che erano state fino ad allora le impostazioni classiche della dottrina dello Stato europea è ottenuto portando alle estreme conseguenze spunti già presenti nelle stesse tesi jellinekiane. Come è stato esattamente notato, già in Jellinek « la norma ha solo più un significato formale: *giustifica qualunque Stato e qualunque modo di disporre dello Stato*. È la forma del comando dello Stato. [...] Una teoria del diritto davvero ‘pura’ risolve integralmente in termini normativi ciò che con il diritto ha a che fare » (29). Nell’andamento della nomodinamica si riproducono così — malgrado l’asserita autonomia integrale del giuridico — le movenze della processualità dello sviluppo economico. L’intelligenza geometrica del formalismo si sforza infatti di recuperare la possibilità di una relazione univoca tra i singoli punti di imputazione normativi, cui si intende ridurre la realtà socio-giuridica. Il formalismo interpreta lo sviluppo dialetticamente, adeguando all’andamento dei cicli economici la continuità delle forme normative (30). Certo, il modo in cui nella rappresentazione dottrinale kelseniana l’ordinamento si snoda a partire dalla norma fondamentale nella produzione ininterrotta di entità normative, generali e individuali, è ancora strettamente legato al modello dello Stato di diritto e alla sua tradizione scientifica. Non poteva essere che così, ma il modello doveva subire modificazioni essenziali nella propria struttura. Lo Stato di diritto, infatti, una volta pervenuto alla fase dello sviluppo pianificato e del controllo sul lavoro sociale, non è più in grado di raggiungere attraverso i suoi schemi consolidati previsti dalla sua

(28) *LTG*, p. 19. Cfr. anche le pp. 49-50 (« I gradi di formazione — I tre poteri dello Stato »), 55-61 (« Gli organi di formazione — Gli organi dello Stato »), 61-68 (« I modi di formazione — Le forme dello Stato »).

(29) BALLADORE PALLIERI, *Dottrina dello Stato*, cit., p. 62 e ss.

(30) Su questa ipotesi processuale, nutrita della razionalità mutuata dal neopositivismo logico ma di impianto ancora sostanzialmente neokantiano, si tornerà più avanti nei § 5 e 6, in relazione ad alcuni importanti svolgimenti, nei primi anni trenta, della dottrina giuridica della scuola formalista ceca (gruppo di Brno), da un lato, e del normativismo eterodosso del primo Ross dall’altro.

forma tipica — la legge con i suoi requisiti di generalità e astrattezza — la complessità del tessuto che è chiamato a regolare. Soprattutto, alla volontà normativa espressa dalla legge non corrisponde più la capacità di fornire garanzie sulla propria esecuzione, ovvero sulla propria realizzazione concreta (*Rechtsverwirklichung*) nel particolare ⁽³¹⁾.

All'azione estesa e omogenea della legge si vorrebbe dunque sostituire l'intensità regolativa puntuale di una vasta rete di provvedimenti particolari (*Maßnahmen*), aventi la funzione immediata di decidere *in singulum*, badando in primo luogo all'efficacia dell'azione da loro esercitata. Il problema riguardava allora, per la dottrina formal-positivista, la possibilità di legittimazione di questa rete di singoli atti come atti imputabili all'ordinamento e riconducibili quindi all'unitarietà del volere statale. L'ordinamento, in altre parole, doveva essere posto, attraverso la norma fondamentale, di fronte al compito quanto mai arduo — e, c'è da dire, irrisolvibile in un tale quadro scientifico — di prevedere già a priori le modalità concrete di collegamento degli atti particolari nell'unità formale del sistema. Certamente la forma Stato non poteva acconsentire a negarsi nel semplice riconoscimento della frammentarietà del reale. Ma questo sarebbe stato già il terreno su cui doveva aprirsi l'impostazione istituzionalista ⁽³²⁾. Solo in quest'ultima, infatti, diritto e Stato avrebbero dovuto promanare direttamente dal contesto sociale, come organizzazioni istituzionali di tale contesto.

4. *Processualità giuridica e processualità economica. Il dibattito interno al formalismo giuridico e la prospettiva normologica.*

Il primo ingresso novecentesco nella fase storica della pianificazione economica imponeva già l'avvio di un processo di accentramento delle decisioni esecutive. La processualità non concedeva più

⁽³¹⁾ Problema, questo dell'attuazione del diritto, già presente e centrale nell'elaborazione dottrinale di Carl Schmitt, a partire da *Gesetz und Urteil* (1912) fino almeno a *Die Diktatur* (1922). Mi permetto di rinviare su questo punto alla mia *Presentazione* di C. SCHMITT, *Legge e giudizio. Uno studio sul problema della prassi giudiziale*, Milano, 2016, spec. pp. V-XII.

⁽³²⁾ Vedi sopra, note 2 e 12.

alcuno spazio allo sviluppo di particolarismi o di autonomie non coordinate: Risulta qui più chiaramente come la prima necessità del *Sollen* kelseniano sia quella di dominare le insorgenze della storicità, potenzialmente negatrici della regolarità giuridica nelle sue stesse condizioni di possibilità⁽³³⁾. Le occasioni sempre più frequenti in cui la continuità normativa, nella storia istituzionale degli anni della crisi, è dissolta dalla conflittualità degli interessi materiali, fanno sì che il momento teorico dell'esecuzione del diritto (*Rechtsverwirklichung*) divenga il banco di prova del rapporto di potere, il luogo in cui si misura la possibilità stessa di una razionalità pianificante. La scienza giuridica del tempo individua proprio qui il proprio fondamentale punto di applicazione, e qui la lotta per il diritto assume il significato più specifico di lotta *per l'esecutività del diritto*, così che la ragione giuridica e l'interesse dottrinale finiscono per riversarsi sulle garanzie coercitive a disposizione della volontà normativa, concentrandosi su questo punto di applicazione.

In Kelsen il momento esecutivo va privilegiato poiché è in esso che si decide sull'effettività non semplicemente dell'atto stesso ma dell'intero assetto normativo ordinamentale. Si procede in tal senso ad un inserimento diretto dell'*elemento della forza* già nell'oggetto normativo: come per Bobbio, « la forza è l'oggetto della regolamentazione giuridica [...], per diritto si deve intendere un complesso di norme che regolano l'esercizio della forza in una determinata società »⁽³⁴⁾. Si assisterà dunque nel secondo Kelsen ad un più marcato processo di interiorizzazione della forza, nel suo aspetto di sanzione, entro la struttura normativa stessa:

Una regola è una regola giuridica non perché la sua efficacia è assicurata da un'altra regola che dispone una sanzione; una regola è una regola giuridica perché dispone una sanzione. Il problema della coercizione non è il pro-

(33) In questo senso può intendersi quanto afferma Piovani a proposito del principio di effettività, che « la coincidenza ultima tra diritto e fatto non è tra il diritto e il fatto agiuridicizzabile, inassociabile, bensì tra il diritto e il più compiutamente sociale dei fatti » (P. PIOVANI, *Il significato del principio di effettività*, Milano, 1953, p. 143). Nel medesimo senso, in Olivecrona, il fatto « is the fact of social life » (K. OLIVECRONA, *Law as Fact*, Copenhagen, 1939, p. 25).

(34) N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1960, p. 64.

blema di assicurare l'efficacia delle regole, ma il problema del contenuto delle regole ⁽³⁵⁾.

Certo, una simile consapevolezza critica sulla funzione esecutiva della normatività è ancora lontana dall'essere raggiunta dalla teoria generale del diritto degli anni della crisi nel suo complesso. Eppure questi sviluppi dottrinali, indubbiamente successivi, vanno senz'altro ricordati in questo contesto, poiché capaci di illuminare retrospettivamente il lento processo di ridefinizione del modello teorico statutale europeo nel corso dei primi decenni del Novecento. Il dibattito dottrinale, va ribadito, assumerà un andamento assai controverso: così, ad esempio, si potrà assistere non di rado alla singolare contemporaneità di elaborazioni contrapposte. Tuttavia ogni elaborazione dovrà confrontarsi necessariamente con un interrogativo fondamentale: come può la totalità formale dell'ordinamento — elaborata nel cielo della teoria — essere rovesciata in una totalità di contenuto; come è possibile convertire ciò che si costruisce senza contraddizione come relazione tra forme in una connessione dinamica e vitale di determinazioni storiche, ossia nella materialità ordinata di un sistema sociale ⁽³⁶⁾?

L'elaborazione giuridica formale, nell'intento di ordinare razionalmente la realtà, non può che restituire dell'ordinamento giu-

⁽³⁵⁾ H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, a cura di S. Cotta e G. Treves, Milano, 1954, pp. 28-29.

⁽³⁶⁾ Sulla difficoltà di una traduzione del modello formale dello Stato del lavoro nelle articolazioni particolari del reale si sarebbe espressa soprattutto la letteratura giuridica amministrativistica tedesca degli anni cinquanta: cfr. soprattutto E. FORSTHOFF, *Über Maßnahme-Gesetze*, in *Gedächtnisschrift für Walter Jellinek*, München, 1955, ma anche K. BALLERSTEDT, *Über wirtschaftliche Maßnahmegesetze*, in *Festschrift zum 70. Geburtstag von W. Schmidt-Rimpler*, Karlsruhe, 1957, p. 371. Come è stato osservato, al concetto teorico di *Maßnahmegesetz* così come esso viene illustrato da Forsthoff appartengono quelle leggi « die aus einer bestimmten Situation erwachsen und zu ihr in einem überschaubaren und logisch vollziehbaren Verhältnis stehen. Das Maßnahmegesetz verfolgt einen konkreten Zweck und stellt die zur Erreichung dieses Zweckes für angemessen gehaltenen Mittel und Wege zur Verfügung » (H. SCHNEIDER, *Gesetzgebung. Ein Lehr- und Handbuch*, Heidelberg, 2002³, p. 142). Dove va notato lo stretto legame che, nel concetto stesso di provvedimento, lega indissolubilmente il mezzo al fine, al punto che « das Maßnahmegesetz verliert seinen Sinn, wenn der Zweck, dem es dient, entfällt oder wenn der Mittel, die es bietet, sich als ungeeignet zur Erreichung jenes Zweckes erweisen » (*ibidem*).

ridico statale un concetto svuotato di storicità, relativo all'aspetto esclusivo della validità dei processi di produzione del diritto, dal momento che, a contatto con la complessità storica nei suoi singoli contenuti fattuali, in relazione principalmente al tema delle garanzie dell'esecutività degli atti, il sistema risulterebbe dissolto in una pluralità di frammenti ordinamentali dotati ciascuno di un proprio senso, e comunque non prevedibili/calcolabili nei termini di quella razionalità giuridica alla quale il monismo era orientato. In Kelsen gli schemi scientifici della regolarità normativa non si affermano tanto al di fuori o 'contro' la storia, ch  anzi si mantiene verso di essa un'attenzione approfondita ma 'separata' ⁽³⁷⁾, quanto *dopo* la storia, in seguito alla sua avvenuta pacificazione, affidata all'autorit  politica e alla forza del diritto positivo ⁽³⁸⁾.

In un simile contesto teorico formalistico uno tra i principali aspetti problematici era perci  costituito dalla pi  assoluta incertezza circa gli esiti *in concreto* della volont  espressa validamente dall'organo statale legalmente legittimato. Irraggiungibilit  del caso concreto, dunque, come incertezza di potere. La vasta e complessa realt  sociale si avviava cio  a svilupparsi per conto proprio, seguendo una sua dinamica immanente, percorrendo strade che l'ordinamento giuridico — concepito in senso unitario in base all'opzione monista del formalismo — non poteva pi  controllare, e spesso addirittura non poteva neppure sopporre. Nella crisi generale del sistema delle fonti che segna la dogmatica dei primi decenni del Novecento si vede rispecchiata tale condizione problematica, che gli

⁽³⁷⁾ LDP, p. 101: «La validit  di un ordinamento giuridico, che regola il comportamento di determinati uomini, si trova pertanto in un sicuro rapporto di dipendenza col fatto che il comportamento reale di questi uomini corrisponde all'ordinamento giuridico o anche, come si suol dire, alla sua efficacia». Come osserva Losano, «Kelsen ha ripetuto che la sua   una dottrina pura del diritto, e non una dottrina del diritto puro» (*Saggio*, cit., p. XIII).

⁽³⁸⁾ Attraverso la formalizzazione si recupera una parvenza di regolarit , accettando per  la condizione di non tentare di incidere direttamente sui contenuti storici, ma di rimanere al livello degli involucri normativi che ne stabiliscono le relazioni formali. Al di sotto di questi, l'irrazionale, il non ricomponibile intellettualmente. Il pi  lucido risultato questo, che la tradizione razionalistica neokantiana potesse realisticamente conseguire.

osservatori più attenti non mancano di indicare al dibattito dottrinale ⁽³⁹⁾.

La nuova situazione storica complessiva, prodotta dal progressivo massificarsi dell'economia socializzata, non riesce più ad essere espressa attraverso il sistema delle fonti riconosciute, e ovunque si palesa — sia sul piano concettuale che sul piano istituzionale — il ritardo delle strutture giuridiche proprie della tradizione dello Stato di diritto. Sul piano del diritto pubblico generale gli stessi strumenti tipici, come la legge-quadro o la delegazione dei poteri da parte del parlamento al governo ⁽⁴⁰⁾, appaiono perlopiù nel dibattito dottrinale come « la *dégénérescence de la législation, l'effacement des traits représentatifs, mutuels et contractuels du droit* » ⁽⁴¹⁾. Ma è da dirsi che la dottrina delle fonti non va generalmente oltre la constatazione di un diffuso sentimento della crisi e che, nel richiamarsi alla necessità di un ripristino dello Stato di diritto ideale, sembra impre-

⁽³⁹⁾ « On ne peut nier qu'à l'heure présente, toutes les sources traditionnelles traversent une crise profonde » (B. HORVÁTH, *Les sources du droit positif*, in *Annuaire*, cit., p. 140).

⁽⁴⁰⁾ Da considerare in questo contesto il saggio del 1936 di C. SCHMITT sulle delegazioni legislative: *Vergleichender Überblick über die neueste Entwicklung des Problems der gesetzgeberischen Ermächtigungen (Legislative Delegationen)*, in ID., *Positionen und Begriffe. Im Kampf mit Weimar — Genf — Versailles*, Berlin, 1940 (ora trad. it. in ID., *Posizioni e concetti. In lotta con Weimar — Ginevra — Versailles*, Milano, 2007, pp. 353-377). Cfr. sul tema F. WEYR, il quale, pur aderendo ad un'impostazione che prevedeva il primato del parlamento e l'affermazione dei principi della democrazia liberale, già dieci anni prima del saggio schmittiano osservava che « c'est seulement quand on suppose un législateur qui n'est plus soumis à aucune règle que [...] la *potestas* de ce législateur n'est plus une puissance déléguée. Voilà justement la notion de législateur qui est sous-entendue dans la doctrine, politique au fond, imaginant le *pouvoir constituant* » (F. WEYR, *La question de la délégation de puissance législative*, in « *Revue Internationale de la Théorie du droit* » [= RITD], I (1926-27), p. 85).

⁽⁴¹⁾ HORVÁTH, *Les sources*, cit., p. 140. Cfr. anche il breve saggio di B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, *La primauté politique de l'Exécutif*, in RITD, V (1930-31), pp. 1-14, esempio anch'esso del vivace dibattito instauratosi in quegli stessi anni sulla rivista ceca (su cui v. oltre, al § 5). Mirkine-Guetzévitch sostiene curiosamente che « la *faiblesse* de l'Exécutif n'est pas caractéristique pour les régimes parlementaires, mais au contraire, dans son idée, dans sa conception véritable, est le plus grand renforcement de l'Exécutif qui puisse être établi par la démocratie » (p. 10), fino a concludere ancor più curiosamente che « la *primauté* politique de l'Exécutif c'est le véritable sens du parlementarisme moderne » (p. 14).

parata a comprendere e ad affrontare la novità rappresentata dalla processualità dell'economia sociale massificata. Domina in ogni caso un *idealismo* pressoché assoluto, temperato soltanto qua e là da intenzioni « sociologiche » realiste ⁽⁴²⁾, ma sempre saldo nell'intento di concepire l'ordinamento in una prospettiva rigidamente sistematica.

Altrove, ancora, si tenta un recupero dell'impostazione giusnaturalistica, cercando di raggiungere su un piano apertamente metafisico quella ricomposizione sistematica che la realtà sociale di fatto negava. Ma se l'intenzione era senza dubbio funzionale all'unitarietà del sistema, il problema, egualmente, non veniva colto nella sua radice storica, limitandosi a intendere le diverse fonti giuridiche come « différents 'modes d'expression', qui ne sont pas absolument antagonistes, qui vivent au contraire plus ou moins côte à côte, et supposent tous une même réalité fondamentale ». Così, « il y a, en somme, une 'source des sources' du droit, et celle-ci, c'est l'esprit humain dans sa nature propre et universelle, dans sa vocation immanente et indéfectible pour le droit » ⁽⁴³⁾.

Ma, al di là delle difficoltà incontrate dalla dottrina neoidealista, nelle sue varianti giusnaturalistiche e neokantiane, è sempre alla teoria pura delle fonti che va rivolta l'attenzione in relazione al dibattito del tempo. La dottrina pura sembra vivere una duplice aporia filosofica, nella sua intenzione di costituire una chiave di lettura scientificamente adeguata delle trasformazioni strutturali del diritto positivo vigente: una prima aporia risiede infatti nella stessa costruzione formalista della teoria delle fonti. Se infatti la logica del sistema giuridico deve essere solo logica tautologica, resta allora aperto il problema del rapporto intercorrente tra tali fonti e la base

⁽⁴²⁾ Cfr. soprattutto, nel medesimo fascicolo 1934-35 dell'*Annuaire*, M. DJUVARA, *Sources et normes du droit positif*, pp. 82-101 e A. ROSS, *Le problème des sources du droit à la lumière d'une théorie réaliste du droit*, pp. 167-184, su cui ci soffermeremo più avanti.

⁽⁴³⁾ G. DEL VECCHIO, *Le problème des sources du droit positif*, in *Annuaire*, cit., p. 32. L'equilibrio e la gerarchia delle fonti in un sistema armonico e razionale viene pure ricercato, sulla base di altre premesse filosofiche, questa volta dichiaratamente neokantiane, da E. SWOBODA, *Les diverses sources du droit: leur équilibre et leur hiérarchie dans les divers systèmes juridiques*, in « Archives de philosophie du droit », 1934, 1-2, pp. 197-207.

storica nella quale esse vanno a inserirsi, Ovvero, è inutile voler far apparire la fondazione *del* sistema come un problema concettualmente autonomo quando poi, alla luce di un'analisi realistica, la si deve riconoscere subordinata alla contingenza dei fatti storici stessi, collocata quindi *dentro* al sistema. Dall'altra parte, la seconda aporia filosofica riguarda precisamente il confronto tra schema tautologico e realtà. Qui il discorso tenderebbe ad estendersi alle impostazioni teoriche del *neopositivismo logico* e alle difficoltà connesse ai criteri di verifica empirica delle asserzioni scientifiche: un complesso tematico cui non pochi interpreti tendono fin dagli anni '50 a ricondurre l'intero ambito analitico kelseniano ⁽⁴⁴⁾. Alla radice di entrambe le condizioni aporetiche risiede la constatazione secondo cui il diritto è determinato essenzialmente dalle sue fonti. Si postula, in altre parole, la preminenza del modo di produzione sull'entità normativa prodotta e oggettivata. Questo è il risultato della *prospettiva normologica* quale metodo di analisi scientifica della processualità giuridica, che riproduce su un piano normativo, distinto e separato da quello fattuale, i movimenti reali dell'economia socializzata nella forma della pianificazione.

Le omologie tra processualità giuridica e processualità economica vengono con ciò ricondotte alla distinzione neokantiana fondamentale tra *Sollen* e *Sein*, tra forma logica deontica e esperienza storica fattuale, dove tra i due ambiti si riconosce al tempo stesso separazione metodologica ma anche identità funzionale. Nelle regole della processualità nomodinamica, ovvero nella c.d. *normologia* — prospettiva teorica inaugurata all'inizio degli anni '30 all'interno della *Revue Internationale de la Théorie du Droit*, oltre che da Kelsen, da giuristi come Adolf Merkl, François Weyr, Jaromir Sedláček — le serie fattuali, sociali ed economiche, sarebbero suscettibili di essere analizzate scientificamente da una logica separata ma omologa a quella delle entità normative del sistema giuridico, fino a risultare tendenzialmente prevedibili e calcolabili.

(44) Basti rinviare nella letteratura filosofico-giuridica italiana, fin dai primi anni cinquanta, ai classici di U. SCARPELLI, *Filosofia analitica e giurisprudenza*, Milano, 1953, spec. p. 57 e ss. per la valutazione di Kelsen; cfr. anche ID., *Società e natura nel pensiero di H. Kelsen*, in « Riv. internaz. di filosofia del diritto », 1954, riguardo agli sviluppi della filosofia analitica in rapporto alla scienza giuridica.

Ma dove si ritrovano allora, in una simile prospettiva normativa, le fonti effettive del sistema giuridico? In che modo la loro essenza logico-formale entra in relazione con la serie di fattualità da validare e legittimare? In realtà le fonti vengono in questo modo a ritrovarsi all'interno dello stesso complesso normativo che esse dovrebbero produrre. Ciò avviene perché si muove surrettiziamente da un substrato materiale non analizzato che viene dato per presupposto, precedente alla costituzione del sistema delle fonti e non intelligibile se non facendo ricorso a quel mondo del *Sein* da cui il formalismo intende programmaticamente prescindere⁽⁴⁵⁾. Con ciò, la processualità formalista rivela il proprio carattere di circolo vizioso.

5. *Spunti di reinterpretazione della teoria delle fonti nella scuola ceca: Merkl, Weyr, Sedláček. La Revue Internationale de la théorie du droit.*

Esaminando più da vicino gli sviluppi e le trasformazioni della teoria generale del diritto europea degli anni trenta, è inevitabile soffermarsi sulla *Revue Internationale de la Théorie du Droit*⁽⁴⁶⁾, in cui la scuola formalista trova una delle sue espressioni più compiute. Nel dibattito dottrinale in essa sollevato si può riconoscere il lucido sforzo di ricostruzione formale del processo giuridico complessivo (*gesamter Rechtsprozeß*), inteso come sistema dinamico in grado di ricomporre in uno schema scientifico unitario i meccanismi di produzione/esecuzione delle norme e degli atti giuridici del diritto positivo⁽⁴⁷⁾.

Vale qui sottolineare come, dietro all'apparenza *wertfrei*, il

(45) Come osservava con semplicità disarmante Bobbio, « l'unica risposta che si può dare a chi vuole sapere quale sia il fondamento del fondamento è che per saperlo bisogna uscire dal sistema » (BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, cit., p. 57). Cfr. anche T. ASCARELLI, *Norma giuridica e realtà sociale*, in « Il diritto dell'economia », I (1955), 10, pp. 1179-1203, e Id., *Ordinamento giuridico e processo economico*, in *Studi in memoria di L. Mossa*, Padova, 1961, vol. I, pp. 51-74.

(46) *Revue Internationale de la Théorie du droit — Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts*, Brno (Brünn), 1926-1938, Neue Folge 1939.

(47) Riguardo alla genesi della nomodinamica kelseniana, si consideri ancora LOSANO, *Saggio*, cit., spec. p. XXVIII e ss.

sistema nomodinamico kelseniano si ponga in modo direttamente funzionale alle esigenze ideologiche avvertite dalle scienze sociali del periodo. Si nota in particolare come nella scuola formalista ceca, in Merkl, Weyr, Sedláček, sia viva l'attenzione per la problematica specifica della processualità giuridica. È precisamente a contatto con questa scuola che il sistema kelseniano viene a confronto con l'esigenza di elaborare un sapere scientifico che, riflettendosi in una teoria generale del diritto, si riveli adeguato a riprodurre la dinamica delle trasformazioni economiche della società. La teorica kelseniana si è infatti ulteriormente sviluppata rispetto alle posizioni espresse nei *Hauptprobleme der Rechtsstaatslehre*, portando a compimento negli anni della *Revue Internationale* — specie in relazione al rapporto Stato/individui ⁽⁴⁸⁾ — una autentica radicalizzazione delle proprie premesse teoriche che dissolve letteralmente il dualismo jellinekiano ⁽⁴⁹⁾.

⁽⁴⁸⁾ Come è stato sottolineato in modo convincente, « nello schema di Kelsen non ci sono più lo 'Stato' e i 'privati', vi sono piuttosto interessi sociali inclusi, o anche che ricercano altro tipo di mediazioni. Ciò significa che lo Stato, cioè quel complesso di istituzioni e di organi dell'esecutivo che agisce in base alle regole di autorizzazione contenute nella legge, è in realtà meccanismo attuativo di interessi *parziali*, che, poiché hanno raggiunto la mediazione più alta e complessa, quella politico-statale, sono probabilmente i più forti, o anche quelli maggioritari o più generalizzabili, ma pur sempre parziali. Ne consegue che lo Stato, così inteso, è *uno dei soggetti agenti*, accanto al quale si pongono, non tanto i «privati» — una sorta di residuo puramente 'economico-sociale' —, quanto tutte quelle *organizzazioni di interessi* che non hanno trovato modo di inserirsi nella mediazione politico-statale. La conclusione è che lo Stato risulta essere, alla fine, una delle organizzazioni che l'ordinamento qualifica come 'soggetto giuridico', alla pari dei privati » (M. FIORAVANTI, *Kelsen, Schmitt e la tradizione giuridica dell'Ottocento, in Crisi istituzionale e teoria dello Stato in Germania dopo la prima guerra mondiale*, a cura di G. Gozzi, P. Schiera, Bologna, 1986, p. 62).

⁽⁴⁹⁾ Si potrebbe dire che il dibattito svolto sulla RITD costituisca una lunga e articolata discussione dei modi in cui l'impostazione della *Staatslehre* positivista precedente viene superata dalla dottrina pura: « Demgegenüber hat Kelsen die These der Identität von Staat und Recht aufgestellt, und zwar nicht nur weil der herrschenden Staatslehre in ihrer Gegenüberstellung von Staatsgewalt und Rechtsordnung jenes typische Beispiel von verdoppelnden Personifikationen unterläuft, sondern weil er in dem Begriff der gesellschaftlichen Gewalt ein normatives Gebilde sieht » (S. ROHATYN, *Die reine Normtheorie des Rechts*, in RITD, VII (1932-33), p. 172). Cfr. inoltre U. SCHEUNER, *Dynamik und Statik in der Staatsrechtslehre*, in RITD, III (1928-29), pp. 220-246, che procede ad un puntuale raffronto tra le dottrine di Hans Kelsen e di Léon

Ma si consideri più da vicino il discorso svolto dai giuristi facenti riferimento alla *Revue Internationale*. Questo si articola essenzialmente attorno ai temi classici formalisti del gradualismo (*Stufentheorie*) e della costruzione teorica circolare dei momenti *produttivo* ed *esecutivo* del diritto nel quadro organico del sistema, laddove viene sottolineato ripetutamente l'aspetto rigorosamente unitario dell'ordinamento. Ma soprattutto si vuole ricomprendere in esso l'intera fenomenologia giuridica particolare (singoli atti normativi, *dotati di coercibilità e quindi riconosciuti come Rechtserscheinungen direttamente esecutive*), come fa rilevare François Weyr in una sua chiara esposizione dell'opera di Adolf Merkl:

Ce qui est vraiment révolutionnaire dans la doctrine de M. Merkl, ce n'est pas qu'il avait compris l'identité logique des normes générales primaires (lois au sens formel) et secondaires (règlements et autres normes générales similaires telles que le différents statuts, instructions, etc.). Mais il a réussi à faire entrer d'une manière analogue au système légal tous les autres phénomènes juridiques (*Rechtserscheinungen*) autant qu'ils se prétent à être considérés comme règles de droit, soit l'ensemble de normes concrètes ou spéciales. C'est à cette condition seulement que l'ordre juridique — ce seul objet possible d'une connaissance juridique vraie — pourra être identifié avec l'ensemble de tous les phénomènes juridiques de caractère normatif ⁽⁵⁰⁾.

Anche Sedláček fa esplicito riferimento all'opinione di Weyr allorché questi afferma che Merkl « est amené finalement à remplacer la conception traditionnelle de l'ensemble normatif à une seule dimension [...] par un ordre juridique (une totalité de règles de droit) à plusieurs dimensions » ⁽⁵¹⁾ e in tal senso procede a ipotizzare una processualità dinamica ininterrotta, un « droit de

Duguit, ed il lungo saggio di E. VOEGELIN, *Die Einheit des Rechts und das soziale Sinngebilde Staat*, in RITD, V (1930-31), pp. 58-89, che contiene spunti di rielaborazione in senso weberiano della prospettiva normativista.

⁽⁵⁰⁾ F. WEYR, *La doctrine de M. Adolphe Merkl*, in RITD, II (1927-28), p. 221. Cfr. a questo proposito R. BONNARD, *La théorie de la formation du droit par degrés dans l'œuvre d'Adolf Merkl*, in « Revue du droit public et de la science politique », XXXV (1928), pp. 668-696.

⁽⁵¹⁾ WEYR, *La doctrine de M. Adolphe Merkl*, cit., p. 221. Cfr. anche, sul medesimo punto, J. SEDLÁČEK, *Interprétation et application de la règle du droit*, in RITD, VII (1932-33), pp. 180-185. Sul carattere multidimensionale del sistema cfr. in generale A. MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien-Berlin, 1927.

procédure lato sensu »⁽⁵²⁾ che riproduca direttamente nell'ordinamento la mobilità esistente nel contesto socio-economico, regolandola punto per punto.

Ancora Weyr, in un suo articolo fondamentale, sostiene la tesi generale che prevede la centralità della nozione di *processo giuridico*, intesa come elemento teorico-giuridico unificante nel quadro di una logica che intenda estendere il metodo analitico formalista a tutta quanta la fenomenologia delle forme del diritto positivo:

On doit chercher, pour revenir à notre exemple concret, non pas ce qui sépare la juridiction gracieuse et contentieuse, mais ce qui est commun à toutes les deux par une nécessité logique; et, à la fin, on doit se demander s'il n'est pas possible de déterminer la notion de *processus juridique* de sorte à y faire entrer non seulement la procédure des tribunaux et des administrations, mais encore l'activité analogue d'autres facteurs tels que les assemblées législatives ou même les actes de simples particuliers d'où résultent des règles de droit, les actes de droit privé et notamment des contrats⁽⁵³⁾.

Nella sua ricostruzione processuale formalista, il concetto di *positività*, anziché essere attribuito già dato ed elemento integrante l'essenza dell'atto giuridico in sé, in un quadro sostanzialmente statico, è invece ancora tutto da darsi, in un processo dinamico di costruzione dell'intero quadro sociale. In questo quadro l'atto giuridico singolo, particolare e concreto, si inserisce all'interno della costruzione sistematica di rapporti gerarchici e formali, risultante dal susseguirsi ininterrotto di tutta una serie di norme derivate⁽⁵⁴⁾. Il mutamento si produce così *nel* sistema: la norma derivata, dipendendo dalla norma delegante, è tuttavia una nuova norma, poiché — pur creata nel quadro formale della delegazione — possiede un proprio contenuto autonomo. In questo modo può dirsi che il mutamento di contenuto procede da un mutamento di forma, pur senza ridursi a questo. La nozione di norma delegata (*norme déléguée*) richiama inoltre direttamente la processualità del sistema: esse « ne sont pas seulement données par le pouvoir dit législatif,

(52) SEDLÁČEK, *Interprétation et application de la règle du droit*, cit., p. 184.

(53) F. WEYR, *La notion de 'processus juridique' dans la théorie pure du droit*, in *Studi filosofico-giuridici per G. Del Vecchio*, vol. II, Modena, 1931, p. 418. Cfr. sul punto anche A. MERKL, *Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues*, in *Gesellschaft, Staat und Recht — Festschrift für Hans Kelsen*, Wien, 1931, p. 261 e ss.

(54) SEDLÁČEK, *Interprétation et application de la règle du droit*, cit., spec. p. 181.

mais aussi des normes données par suite des lois » (55), e appunto alla ricerca di uno sviluppo dinamico e processuale della produzione normativa l'unificazione del sistema si spinge fino ai limiti estremi.

Qui lo schema analitico della logica tautologica viene a investire direttamente il metodo di costruzione del sistema giuridico. Tutto viene ricompreso nel processo costitutivo e nel ritmo espansivo dell'ordinamento, e in questo senso può dirsi che non può esserci più « alcuna sorpresa » (56). Insomma, lo schema dell'inclusione tautologica soddisfa del tutto alcune condizioni formali per la costruzione del modello: il *gradualismo*, ad esempio, va considerato come conciliabile con un certo principio di *circolarità* tra momento produttivo ed esecutivo, sviluppando però in questo modo una contraddizione interna alla costruzione della dottrina pura. Nel momento, infatti, in cui si affermava lo *Stufenbau* — e con esso il rapporto *par degrés* tra le varie entità normative in ragione alla loro posizione formale nell'ordinamento — si era costretti a procedere ad una chiara revisione della dottrina tradizionale laddove questa metteva in discussione l'appartenenza all'ordinamento giuridico stesso degli atti esecutivi concreti nel loro aspetto preponderante di fattualità (57).

La dottrina pura rispondeva cioè definendoli « norme individualizzate » e ammettendone pertanto l'inserimento a pieno titolo nel circuito normativo. Ma occorre allora procedere pure all'affermazione della loro equivalenza reciproca, in ragione della loro comune natura giuridica: occorre anche sostenere in essi la com-

(55) Ivi, p. 182. Cfr. anche, dello stesso Sedláček, in relazione alla tematica della dottrina pura del diritto, *L'œuvre de François Gény et la science du droit pure*, in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, vol. I, Paris, 1934, pp. 277-295.

(56) La costruzione nomodinamica riproduce infatti in questo senso la logica tautologica descritta da Wittgenstein nel *Tractatus*: « 6.1261. Nella logica processo e risultato sono equivalenti. (Perciò nessuna sorpresa) » (L. WITTGENSTEIN, *Tractatus logico-philosophicus e Quaderni 1914-1916*, a cura di A.G. Conte, Torino, 1967, p. 71).

(57) Va osservato, come lo stesso Merkl in più occasioni ricorda, che la concezione « a gradi » dell'ordinamento viene preparata da un lungo periodo di gestazione all'interno della dottrina giuridica tedesca: dalla seconda metà dell'Ottocento in poi si può dire infatti che l'intera dogmatica giuridica sia venuta ricostruendosi con insistenza particolare sulla tesi della continuità dell'ordinamento nei suoi singoli gradi e sull'equivalenza degli atti nel loro contenuto normativo.

presenza del momento produttivo accanto a quello esecutivo, fino a vedere in essi delle « fonti idonee » del diritto. Si innesta a questo punto il rilievo circa la natura contraddittoria di questi due processi paralleli, di gradualizzazione e di equivalenza formale dei singoli momenti normativi. Come fa notare Carré de Malberg, la questione poteva porsi in questi termini: in che senso l'equivalenza postulata poteva coesistere con il gradualismo, e in che senso l'identità formale delle singole determinazioni normative poteva coesistere con la gerarchia? ⁽⁵⁸⁾. Dove va notato che la replica della dottrina formalista a questo genere di obiezioni difficilmente coglie il senso ultimo della critica.

6. *Processualità e circolarità. La revisione della dottrina pura del diritto e il suo definitivo capovolgimento in Alf Ross.*

Nel formalismo si registra dunque il forzato raffronto tra due ordini di obiettivi in realtà tra loro inconciliabili se riferiti al medesimo contesto teorico: da una parte l'istanza della gerarchizzazione, ovvero un dato formale, attinente alla *relazione funzionale*; dall'altra l'istanza dell'identificazione dei vari gradi della normazione entro l'unità processuale (nomodinamica) del sistema, ovvero un porre l'attenzione alla concretezza fattuale delle singole entità normative, in considerazione della loro *sostanzialità*, nel nesso circolare che lega produzione ed esecuzione. Movimento gradualistico e movimento circolare, *Stufenbau* e *Stufenfolge*, sembrano in questo senso due istanze in rapporto di reciproca esclusione. Eppure, sulla loro coesistenza assunta come condizione logica del sistema, sulla loro funzione dialettica intesa come necessità immanente del processo giuridico, veniva a giocarsi l'intero contributo teorico della

⁽⁵⁸⁾ R. CARRÉ DE MALBERG, *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation*, Paris, 1933. Su cui cfr. l'immediata risposta di F. Weyr nel breve saggio *La Stufentheorie de la théorie pure du droit vue par un Français*, in RITD, VIII (1934), pp. 235-242. Per una caratterizzazione del pensiero di Weyr si veda, nel volume XI (1937) della RITD, A. PROCHÁSKA, *La théorie du droit de Weyr*, pp. 93-107.

dottrina pura, teso a ricomprendere dinamicamente nell'ordinamento giuridico la fattualità dell'atto esecutivo particolare ⁽⁵⁹⁾.

L'impostazione formalista si trovava così a postulare, ai fini della propria validità scientifica, una condizione chiaramente utopica: la pangiuridicizzazione della dottrina pura si scontra infatti con la necessità di considerare nella loro specificità i singoli atti fattuali dotati di forza normativa che, sulla falsariga dei provvedimenti (*Mafßnahmen*), costituiscono le determinazioni giuridiche che maggiormente si trovano a contatto con la dinamica sociale. Ma questi atti, in realtà, si manifestano come irriducibili ad essere ricompresi e convalidati in un unico contesto formale. La dinamica sociale è in grado infatti di reinventare sempre nuove modalità di espressione che non possono per loro natura far altro che sfuggire alla logica del formalismo. La vasta e massiccia comparsa sulla scena del sistema socio-economico di istituzioni — aggregati sociali dotati fattualmente di potere giuridico che si esprime nel dato organizzativo (nel senso di S. Romano) — sono le entità reali con cui la nuova scienza giuridica deve necessariamente misurarsi. Se è vero infatti che il fenomeno emergente dell'istituzione è irrapresentabile entro i ca-

⁽⁵⁹⁾ Interessanti osservazioni su questo punto, nell'ambito del dibattito dottrinale sorto all'interno della RITD, si ritrovano nel saggio del giurista russo A.M. Ladijensky, che insiste sul nesso tra l'intrinseca dinamicità del processo giuridico e la difficile ricezione in quest'ultimo di momenti definiti « irrazionali », tuttavia qualificanti: « Le cours accéléré de la vie sociale contemporaine force de plus en plus de passer dans le droit des points de vue statiques aux points de vue dynamiques. Des notions telles que la réserve des circonstances changées (*clausula rebus sic stantibus*), l'impossibilité économique, la destination sociale et économique, abolissent le caractère rigide comme la fonte des normes juridiques. [...] De telles dispositions sont: *clausula rebus sic stantibus*, le droit extraordinaire d'ordonnances, dispositions de la nécessité extrême. Quant à ces principes de la dynamique il faut reconnaître leur droit d'existence dans la théorie générale du droit d'autant plus de raison que ce n'est qu'avec leur aide que l'on peut répandre le point de vue juridique sur tous les phénomènes de la vie sociale, construire un système de droit, bien qu'avec un contenu changeant, mais parfaitement achevé et légalisant tous les rapports sociaux » (A.M. LADIJENSKY, *La dynamique et la statique dans le droit*, in RITD, II (1927-28), p. 110 e 120). La *clausola rebus sic stantibus* era, come è noto, stata portata all'attenzione della dottrina e fatta oggetto di analisi approfondita da E. KAUFMANN nel saggio, diventato subito un classico, *Das Wesen des Völkerrechts und die clausula rebus sic stantibus. Rechtsphilosophische Studie zum Rechts-, Staats- und Vertragsbegriffe*, Tübingen, 1911 (su cui si veda il mio *Tra organicismo e Rechtsidee. Il pensiero giuridico di Erich Kaufmann*, Milano, 1984, spec. cap. II).

noni positivistiche ancora dominanti della dottrina dei primi anni '30, è anche vero tuttavia che devono ugualmente essere rappresentati nei termini di una teoria dell'ordinamento.

Alcune condizioni in questo senso cominciano a delinearci nella *Theorie der Rechtsquellen* di Alf Ross, un testo che costituisce in qualche modo una sorta di via d'uscita dalle *impasses* del formalismo ⁽⁶⁰⁾. L'acquisizione di una prospettiva sostanzialistica trova — è pur vero — il suo momento genetico all'interno dell'elaborazione del kelsenismo, cui è legata da un solido rapporto critico, ma a partire dalla *Theorie der Rechtsquellen* l'allontanamento si farà più marcato, fino a trovare piena espressione nella maggiore opera teorica rossiana immediatamente successiva, che inaugura un'impostazione filosofico-morale esplicitamente utilitaristica e, si direbbe proto-comportamentista ⁽⁶¹⁾. La teoria delle fonti viene cioè apertamente de-oggettivata ⁽⁶²⁾ e la realtà ricondotta a « *phénomènes psychophysiques correspondants à la validité* », a « *un flux de validité pratique* » (*praktische Gültigkeitserlebnisse*), al di fuori dei quali si ricade — come non manca di ripetere Ross — nelle antinomie del pensiero metafisico. Il distacco dal kelsenismo originario non potrebbe essere più evidente. Già nel Ross degli anni '30

⁽⁶⁰⁾ A. Ross, *Theorie der Rechtsquellen. Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen* [= RQ], Leipzig-Wien, 1929.

⁽⁶¹⁾ Cfr. A. Ross, *Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis. Zugleich Prolegomena zu einer Kritik der Rechtswissenschaft*, Kopenhagen-Leipzig, 1933. Sulla necessità di uscire dagli schemi della logica formalista Ross insiste a più riprese anche nel breve saggio sugli *Annuaire* del 1934-35, che ha il merito di contenere una presentazione sintetica delle tesi fondamentali del suo autore: « Les soi-disant représentations ou jugements pratiques (sur les valeurs, les devoirs, les normes, la validité, etc.) sont privés de tout sens et de tout contenu de vérité. Ils *experimentent*, cependant, quelque chose et possèdent donc une certaine valeur de vérité symbolique, fonctionnelle et expressive, en qualité de signes de certains phénomènes psychophysiques, à savoir d'un flux de validité pratique (*praktische Gültigkeitserlebnisse*) » (Ross, *Le problème*, cit., p. 169). Anche per ciò che riguarda la teoria dell'interpretazione « les théories rigoureusement positivistes, selon lesquelles l'interprétation n'est qu'un commentaire logique de la loi, ne sont que des fictions sans réalité. Toute interprétation réelle est dans une certaine mesure placée sur le terrain du droit libre » (ivi, p. 183).

⁽⁶²⁾ Come sostiene ripetutamente Ross, « la source de toute dialectique doit être recherchée à l'intérieur de notre pensée, et non dans la réalité elle-même », *ibidem*.

lacune, antinomie, contraddizioni intrasistematiche non possono cercare soluzione in un rinvio verticale a norme più astratte o comunque sovraordinate. Sostiene infatti Ross:

Abbiamo in qualche modo da correggere il concetto stesso di validità. Possiamo comprendere da quanto si è detto finora che non è possibile procedere alla conoscenza di una norma singola e isolata, ma che si tratta invece sempre di un sistema di norme, che poggia su una totalità di volontà. [...] Espresso in termini corretti, la positività di una norma consiste nella sua appartenenza ad un sistema, che è a sua volta funzione di una corrispondente totalità di volontà ⁽⁶³⁾.

Dal punto di vista materiale il problema si risolve indicando quali siano i caratteri del sistema. Si comprende da quanto si è detto che gli enunciati del diritto trovano il loro sistema di validità [*Geltungssystem*] nella conoscenza della realtà di una totalità collettiva di volontà e di comportamenti. [...] Considerati sotto il profilo collettivo (ossia in relazione ai comportamenti degli altri individui), i comportamenti dei singoli individui non danno luogo ad un caos, ma ad una totalità organizzata. In questo senso è lecito parlare di una volontà collettiva o di comportamenti volontari collettivi. La conoscenza giuridica è resa di fatto possibile allorché si presenti una simile coordinazione ⁽⁶⁴⁾.

Il modello rossiano ha dunque come suo fine quello di cogliere le singole norme non già nel quadro gradualistico della loro emanazione dalla volontà imperativa dello Stato, ma direttamente, *dal processo sociale stesso*. Ross prende le mosse dalla constatazione che Kelsen, non diversamente da Merkl, ha enfatizzato unilateralmente la modalità deduttiva di formazione normativa, arenandosi definiti-

⁽⁶³⁾ « Wir müssen eine gewisse Korrektion des Geltungsbegriffes vornehmen. Es geht aus dem Vorgangenhheit hervor, daß niemals von der Erkenntnis einer einzelnen, isolierten Norm die Rede sein wird, sondern stets von einem *Normsystem*, das auf einer Willenstotalität basiert ist. Hieraus folgt, daß das Entscheidende ist, daß das Normsystem einer Willenstotalität als Wirklichkeit entspricht. [...] Die Positivität einer Norm liegt so, richtig ausgedrückt, in ihrer Zugehörigkeit zu einem System, das Funktion einer entsprechenden wirklichen Willenstotalität ist » (RQ, p. 286).

⁽⁶⁴⁾ « Material wird das Problem gelöst, indem man den Charakter des Systems angibt. Es geht aus dem Vorangehenden hervor, daß die rechtlichen Aussagen ihr Geltungssystem in einer Wirklichkeitserkenntnis einer kollektiven Willens- und Handlungstotalität finden. [...] Die Handlungen der Menschen, kollektiv betrachtet (d.h. betrachtet im Verhältnis zu den Handlungen anderer Individuen), bildet nicht ein Chaos, sondern eine organisierte Totalität. Insofern ist es berechtigt, von einem kollektiven Willen und kollektiven Willenshandlungen zu sprechen. Rechtliche Erkenntnis in dem Grade möglich, wie eine solche Koordination möglich ist » (RQ, p. 280).

vamente sul problema della natura della norma fondamentale. Nel testo della *Theorie der Rechtsquellen* Ross sottolinea ripetutamente come sia la prospettiva deduttiva che quella induttiva, considerate isolatamente, si rivelino del tutto insufficienti, poiché « non è dato trovare in alcuna parte del sistema un punto di partenza assoluto, né in alto né in basso » (65). La realtà giuridica consiste, al contrario, in una continua correlazione reciproca (*durchgehende Korrelation*) tra le singole determinazioni del sistema normativo (66).

Se dunque da una parte la prima elaborazione realista degli anni '30 procede a focalizzare con maggior chiarezza in termini teorici i due momenti fondamentali della nomodinamica, identificandoli nel nesso tra *processualità* e *circolarità*, dall'altra — e correlativamente — si preoccupa di superare le antinomie presenti nella teoria positivista delle fonti, proponendo un quadro di analisi della fonte giuridica il cui principale risultato consiste

en ce que la soi-disant validité pratique, la valeur et le devoir, n'ont, en vérité, aucune réalité objective ou rationnelle, mais ne sont que des mots à l'aide desquels certaines expériences d'impulsion subjective sont faussement objectivées et rationalisées (67).

E ancora:

Nous pouvons aussi comprendre comment la pluralité des sources du droit devient possible. Il ne s'agit pas d'une pluralité de principes de connaissance, mais d'une *pluralité de facteurs dans les processus de formation des motifs*. Ces facteurs différents agissent ensemble et ne peuvent être fixés dans leur indépendance abstraite. La loi, aussi détalée soit-elle, doit être interprétée et cette interprétation a lieu au moyen d'une quantité d'attitudes pratiques, inarticulées et libres. Le rôle principal que jouent ces facteurs libres est d'entourer la règle autoritaire, on pourrait dire comme d'une atmosphère, et de lui inspirer une vie spontanée (68).

(65) « Beide Ausdrucksformen sind einseitig und verfehlt, da sich ein absoluter Ausgangspunkt an keiner Stelle, weder oben noch unten, finden » (*RQ*, p. 281).

(66) « Nur die Korrelation, nicht die Deduktion als solche, nicht die Induktion als solche, ist für die Geltung des Rechts entscheidend. [...] Kelsen hat nur einseitig die deduktive Entstehungsweise aus einer vorausgesetzten Grundnorm betont. [...] Die Wirklichkeit des Rechts liegt in der durchgehenden Korrelation » (ivi, pp. 281-2).

(67) Ross, *Le problème*, cit., p. 183.

(68) Ivi, p. 181, spaziatimi. Fino a concludere: « La grande question dans toutes les théories des sources et des méthodes est de savoir quel rôle dans ce processus

Questa soluzione teorica rinuncia deliberatamente ad ogni raffigurazione dell'ordinamento nei termini di una sostanziale unitarietà logica, come veniva richiesto nell'ottica del monismo. Al contrario, la prima elaborazione russiana della teoria realista giunge a riconoscere nella dimensione dell'agire sociale il sorgere dei singoli momenti di produttività giuridica, senza voler stabilire alcuna scala di posizioni gerarchiche tra di essi. In tal modo si approssima risolutamente l'ideale di *concretezza di tutte le determinazioni normative particolari* nel contesto ampliato dell'ordinamento.

Il sistema giuridico, in quanto organismo individuale concreto, è infatti destinato a mutare in ogni istante, manifestando in ciò una profonda analogia con l'organismo animale: considerato nella sua realtà individuale concreta, un simile organismo si trova in uno stato di perenne equilibrio instabile in relazione all'ambiente, così che ogni concreta variazione nelle condizioni di esistenza dell'ambiente provoca una compensazione corrispondente da parte dell'organismo. « *Vivre, c'est s'habituer* », commenta Ross ⁽⁶⁹⁾. Qui *la processualità si fa adattamento*, e si traduce con tutta evidenza nell'incessante rimodulazione dei contenuti del sistema. La sequenza logica è la seguente: correlazione tra i punti di imputazione normativa del sistema → adattamento continuativo → fluttuazione organica → circolarità.

Una rilevante conseguenza di ciò sta nel fatto che non si deve necessariamente negare la giuridicità di una norma subordinata dell'ordinamento per il fatto che questa non sia derivabile da una norma superiore: prova ne sia che

se una determinata autorità pone una norma violando la sua competenza oggettiva, ma non vi sia un mezzo giuridico adeguato per abrogarla, di regola

appartient ou doit appartenir à la proposition fixée respectivement aux motifs libres » (p. 182).

⁽⁶⁹⁾ Citando a questo proposito F. LE DANTEC, *De la méthode dans les sciences*, Paris, 1920: « Tout ensemble de facteurs ambiants qui intéresse la vie d'un organisme détermine chez celui-ci une réaction, un fonctionnement dont le résultat est une modification, souvent très complexe, de la structure de l'individu. La vie tout entière peut donc se décomposer en une série de vies successives, dont chacune peut et doit s'appeler le fonctionnement individuel à chaque instant » (p. 210). « Chez tous, animaux ou végétaux, l'emploi d'un réactif quelconque détermine l'accoutumance quand il ne produit pas la mort. — *Vivre, c'est s'habituer* » (p. 211).

accadrà che il sistema finirà per 'riconoscere' detta norma, pur ineducibile in base ai criteri del sistema stesso, e ad incorporarla ⁽⁷⁰⁾.

Ma se ogni singola emergenza registrata nella processualità economico-sociale è destinata ad essere inserita e riprodotta nella speculare processualità del sistema giuridico, seguendo una regola generale di adattamento continuativo in corrispondenza della fluttuazione organica del vivente (*organisch-lebendige Fluktuation*), allora deve dirsi che nella prospettiva di Ross non vi è più spazio per alcun dato extrasistemico: ogni fenomeno embrionalmente normativo, di rilevanza economico-sociale, emerso dalla realtà sociale può essere riassorbito nel quadro organico del sistema. Tanto che

a rigore la qualificazione di diritto sorto per via sistematica o, alternativa-mente, per via extrasistemica, utilizzata in numerose occasioni, è in ultima analisi non corretta. Ogni diritto sorge in modo sistematico, poiché, come si è constatato, il sistema è da ritenersi la fonte ultima del diritto e non è possibile identificare nulla come diritto in opposizione al sistema o fuori di esso. Un diritto sorto per via extrasistemica è perciò, in senso stretto, una *contradictio in adiecto* ⁽⁷¹⁾.

Il sistema sperimenta con questo una propria rideterminazione, una autoverifica. L'organismo reagisce nei confronti di una modificazione nell'ambiente accomodandosi e ammettendo nel sistema il diritto 'extrasistemico'. *Diritto extrasistemico significa a questo punto diritto direttamente riferito al sistema, senza interposizione di fonti derivate.* [...] Questo fa saltare però i principi di organizzazione precedenti e apre ad una continua fluttuazione organica del vivente, così che in ultima analisi non esiste alcuna differenza di principio tra una rivoluzione sovvertitrice dello Stato e la impercettibile formazione quotidiana nella forma del diritto consuetudinario attraverso la prassi giuridica ⁽⁷²⁾.

⁽⁷⁰⁾ « Wenn eine gewisse Behörde eine Norm unter Überschreitung ihrer sachlichen Kompetenz setzt, aber ohne daß es Rechtsmittel gibt, die gesetzte Norm aufzuheben, wird das Verhältnis sich in der Regel so gestalten, daß das System die deduktiv-systemwidrige Norm 'anerkennt' und in sich aufnimmt » (*RQ*, pp. 284-5).

⁽⁷¹⁾ « Die Bezeichnungen systematisch und extra-systematisch entstandenes Recht, die wir mehrmals angewendet haben, sind, streng genommen, unkorrekt. Alles Recht ist systematisch entstanden, denn, wie wir festgestellt haben: das System ist letzte Rechtsquelle, und in Widerspruch zum System oder außerhalb desselben läßt sich nichts als Recht erkennen. Extra-systematisches Recht ist deshalb *stricto sensu* eine *contradictio in adiecto* » (*RQ*, p. 314).

⁽⁷²⁾ *Ibidem*. « Das System hat eine Neu-Bestimmung, eine Selbstverifikation, erlitten. Der Organismus hat gegen eine Veränderung in der Umwelt reagiert, indem er sich akkomodierte und das 'extra-systematische' Recht in das System aufnahm. *Extra-*

La vera fonte dell'ordinamento è a questo punto solo *la totalità circolare della* Stufenfolge. In ultima analisi è la totalità del sistema stesso. Infatti « nel sistema nessuno è primo in senso assoluto » ⁽⁷³⁾ e la « rechtliche Wahrheit » si riduce ad un semplice parallelismo di fatti posti tra loro in rapporto paritetico, la cui unità sistematica si stempera nell'unità fattuale del sistema socio-economico dato. In questo modo potrà dirsi che la fonte primaria non è tanto quella postulata al vertice della costruzione normativistico-positivistica del sistema, quanto quella raffigurata dalla dinamica dei rapporti sociali nel loro complesso, e da questa pertanto legittimata.

systematisches Recht bedeutet hiernach Recht, das sich direkt, ohne dazwischentrete abgeleitete Quelle auf das System bezieht. [...] Es sprengt die bisherigen Organisationsprinzipien und bezeichnet die ständige organisch-lebendige Fluktuation. Prinzipiell ist in dieser Hinsicht kein Unterschied zwischen einer 'staatsumwälzenden' Revolution und der unmerklichen täglichen Gewohnheitsrechtsbildung durch die Rechtsanwendung » (RQ, pp. 314-5).

⁽⁷³⁾ RQ, p. 331 e ss. « Hieraus folgt, daß der letzte Erkenntnisgrund für etwas als Recht sich nicht in einem bestimmten Ausgangspunkt setzen läßt. Nicht in dem Staate, nicht in der Rechtsmacht, nicht in einer Grundnorm. In dem Rechte findet sich ebenso wenig wie in der Natur etwas absolut 'Erstes'. Alles ist relativ, denn etwas erkennen, bedeutet einfach es in Relation setzen. Als Grundsatz für die Rechtsquellenlehre können wir deshalb den Satz aufstellen, daß der letzte Erkenntnisgrund, die letzte Quelle für etwas als Recht in dem System liegt, worunter die gegenseitige Zusammenordnung verstanden wird, und nicht Systemlogik auf Basis einer — naiv-dogmatisch oder kritisch-formal — vorausgesetzten Grundnorm. Der letzte Erkenntnisgrund liegt nicht in einer Grundnorm (die rein-normative Auffassung), nicht in gewissen faktischen 'Anwendung' (die soziologische Theorie) — sondern in der möglichen Zusammenordnung von 'Anwendungen' unter einer Grundnorm, so daß das dadurch gebildete System in normativer Formulierung Ausdruck für eine entsprechende kollektive Handlungstotalität ist. Das System ist die letzte Rechtsquelle » (RQ, p. 309).

FEDERIGO BAMBI

SPIGOLATURE SUL LESSICO DELLA
RETTORICA DI BRUNETTO LATINI

Un notariato bifronte e bilingue, come è stato definito ⁽¹⁾, quello del medioevo (e anche d'oltre); il notaio per obbligo professionale doveva tradurre di latino in volgare: per fare capire ai suoi clienti il significato e gli effetti dell'atto scritto in *gramatica* che si accingevano a compiere; oppure per diffondere tra i cittadini il contenuto delle norme degli statuti scritte in latino che leggeva in volgare, traducendole all'impronta, o vergava sulla pergamena di un codice da lasciare a disposizione della cittadinanza, perché anche chi non conoscesse la lingua di Roma potesse sapere quali fossero le regole che guidavano la vita in comune. Sicché ben fotografa il ruolo e la funzione del notaio la frase celebre di Bartolo da Sassoferrato: « Tota die notarii vulgarizant rustico, quod est dictum in literali sermone » ⁽²⁾.

Ma certi notai si spinsero anche oltre. E, adusi appunto per abito professionale a tradurre testi giuridici, si lanciarono in campi diversi con ambizioni anche letterarie. C'erano da diffondere tra chi non sapesse di *gramatica* anche le opere dell'antichità classica (e non solo), e alcuni di loro — come Zuccherò Bencivenni ⁽³⁾, Mazzeo

⁽¹⁾ P. FIORELLI, *La lingua del diritto e dell'amministrazione*, in ID., *Intorno alle parole del diritto*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 18 e ss. Cfr. F. BAMBI, *Scrivere in latino, leggere in volgare. Glossario dei testi notarili bilingui tra Due e Trecento*, Milano, Giuffrè, 2018, p. 3 e s.

⁽²⁾ BARTOLO DA SASSOFERRATO, *In secundam ff. novi partem*, Venetiis, apud Iuntas, 1570, in l. *stipulatio*, § *eadem*, ff. *de verborum obligationibus* [D. 45, 1, 1, 6], n. 4, c. 4r.

⁽³⁾ Agli inizi del Trecento il fiorentino Zuccherò traduce dal francese e dal latino soprattutto opere di medicina: cfr., di recente, G. FROSINI, *Volgarizzamenti*, in

Bellebuoni ⁽⁴⁾, il solito e arcinoto Andrea Lancia ⁽⁵⁾ solo per citarne alcuni — non si tirarono indietro, magari cercando di secondare il proprio talento individuale e le proprie specifiche passioni, e svolgendo un ruolo fondamentale nella storia della lingua e della letteratura italiana. Ecco che un po' dopo la metà del XIII secolo un notaio fiorentino, che si trova in un triste e doloroso esilio in Francia, si mette a tradurre e a commentare i primi diciassette capitoli del primo dei due libri del *De inventione* di Cicerone, anche per seguire la passione politica che l'aveva costretto ad abbandonare la patria. Nasce così la *Rettorica* (1260-61) di Brunetto Latini ⁽⁶⁾.

Storia dell'italiano scritto, a cura di G. Antonelli, M. Motolese, L. Tomasin, Roma, Carocci, 2014, vol. II, *Prosa letteraria*, p. 51 e ss.

⁽⁴⁾ Pistoiese, volgarizzò gli Statuti dell'Opera di Sant'Jacopo (*Statuti dell'Opera di S. Jacopo in Pistoia [1313]*, a cura di G. Savino, in L. GAI, G. SAVINO, *L'Opera di S. Jacopo in Pistoia e il suo primo statuto in volgare [1313]*, Ospedaletto, Pacini, 1994, pp. 181-238) e circa vent'anni dopo l'*Historia destructionis Troiae* di Guido delle Colonne (traduzione parzialmente edita nella tesi di dottorato di Simone Pregnotato, *Il Troiano riccardiano di Mazzeo Bellebuoni, volgarizzamento trecentesco pistoiese dell'Historia destructionis Troiae di Guido delle Colonne. Saggio d'edizione critica, commento linguistico e glossario*, Università degli studi di Verona, 2019; FROSINI, *Volgarizzamenti*, cit., p. 36 e s.; S. PREGNOTATO, *Il diritto e la storia in pistoiese: Mazzeo Bellebuoni*, in *La Città che scrive. Percorsi ed esperienze a Pistoia dall'età di Cino a oggi*, a cura di G. Capecechi e G. Frosini, Firenze, Edifir, 2017, pp. 35-43).

⁽⁵⁾ Traduttore degli statuti fiorentini di metà Trecento, commentatore di Dante e fine letterato: cfr. da ultimo G. VACCARO, *I volgarizzamenti di Andrea Lancia*, in *Tradurre dal latino nel medioevo romanzo. « Translatio studii » e procedure linguistiche*, a cura di L. Leonardi e S. Cerullo, Firenze, Edizioni del Galluzzo per la Fondazione Ezio Franceschini, 2017, pp. 295-351.

⁽⁶⁾ Lo racconta lui stesso: « La cagione per che questo libro è fatto si è cotale, che questo Brunetto Latino, per cagione della guerra la quale fue tralle parti di Firenze, fue isbandito della terra quando la sua parte guelfa, la quale si tenea col papa e colla chiesa di Roma, fue cacciata e sbandita della terra. E poi si n'andò in Francia per procurare le sue vicende, e là trovò uno suo amico della sua cittadde e della sua parte, molto ricco d'avere, ben costumato e pieno de grande senno, che lli fece molto onore e grande utilidade, e perciò l'appellava suo porto, sì come in molte parti di questo libro pare apertamente; et era parlatore molto buono naturalmente, e molto desiderava di sapere ciò che ' savi aveano detto intorno alla rettorica; e per lo suo amore questo Brunetto Latino, lo quale era buono intenditore di lettera et era molto intento allo studio di rettorica, si mise a ffare questa opera, nella quale mette innanzi il testo di Tulio per maggiore fermezza, e poi mette e giugne di sua scienza e dell'altrui quello che fa mistieri » (B. LATINI, *La rettorica*, testo critico di F. Maggini, Firenze, Le Monnier, 1968

L'autore è descritto a tutto tondo nel suo rilievo civile e culturale, ma senza reticenze da Giovanni Villani:

Nel detto anno MCCLXXXVIII morì in Firenze uno valente cittadino il quale ebbe nome ser Brunetto Latini, il quale fu gran filosofo, e fue sommo maestro in rettorica, tanto in bene sapere dire come in bene dittare. E fu quegli che spuose la Rettorica di Tulio, e fece il buono e utile libro detto Tesoro, e il Tesoretto, e la Chiave del Tesoro, e più altri libri in filosofia, e de' vizi e di virtù, e fu dittatore ['notaio preposto agli atti pubblici'] del nostro Comune. Fu mondano uomo, ma di lui avemo fatta menzione però ch'egli fue cominciatore e maestro in digrossare i Fiorentini, e farli scorti in bene parlare, e in sapere guidare e reggere la nostra repubblica secondo la Politica (l. IX, cap. 10) (av. 1348) (7).

Son parole, alla fine, per il contenuto non lontane da quelle — più sintetiche, ma anche più evocative — con le quali Dante congeda il suo maestro nel XV canto dell'*Inferno*: « Poi si rivolse, e parve di coloro / che corrono a Verona il drappo verde / per la campagna; e parve di costoro / quelli che vince, non colui che perde » (vv. 121-124). Una figura alla fine vittoriosa per lo spessore civile, politico e culturale, e non a caso riconosciuto anche dalla storiografia (8) come l'iniziatore del primato che la Toscana ebbe tra Due e Trecento.

La struttura della *Rettorica* (9), opera dedicata a « quella

[ristampa, con prefazione di Cesare Segre, dell'edizione di Firenze del 1915], p. 7 C; con la lettera C[ommento] si indicano i passi tratti dalle chiose che ser Brunetto fa al testo volgarizzato di Cicerone). Quanto all'amico che aiutò Brunetto in Francia, forse fu uno de' Tosinghi (G. INGLESE, *Brunetto Latini*, in *Dizionario biografico degli Italiani*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, vol. LXIV, 2005, p. 5).

(7) G. VILLANI, *Nuova Cronica*, a cura di G. Porta, Parma, Fondazione Pietro Bembo / Ugo Guanda editore, 1990-1991, vol. II, p. 28. La morte di Brunetto va anticipata almeno al 1293: INGLESE, *Brunetto Latini*, cit., p. 7.

(8) C. SEGRE, *Volgarizzamenti del Due e Trecento*, Torino, Utet, 1953, p. 16: « Comunque, l'esilio di Brunetto finì, ed il suo ritorno a Firenze, dove fu insignito di cariche a riconoscimento della sua abilità di *dettatore*, coincide con l'affermazione ormai incontrastata del ruolo direttivo della Toscana, e in particolare di Firenze, nella cultura italiana »; cfr. FROSINI, *Volgarizzamenti*, cit., p. 22.

(9) « *Rettorica* con doppia *t*, si noti, non è una semplice variante formale di *retorica*, ma il segno di una sovrapposizione mentale e culturale, che si impone nel Duecento italiano, tra la figura del *rètore*, di colui che sa pronunciare discorsi persuasivi, e quella del *rettore*, di colui che 'regge', governa il comune [...]. Questo modo di pensare la retorica come scienza politica non è in fondo che un adattamento o una specializza-

scientia per la quale noi sapemo ornatamente dire e dittare »⁽¹⁰⁾, è dichiarata fin dall'inizio:

L'autore di quest'opera è doppio: uno che di tutti i detti de' filosofi che fuoro davanti a lui e dalla viva fonte del suo ingegno fece suo libro di rettorica, ciò fue Marco Tulio Cicero, il più sapientissimo de' Romani. Il secondo è Brunetto Latino cittadino di Firenze, il quale mise tutto suo studio e suo intendimento ad isponere e chiarire ciò che Tulio aveva detto; et esso è quella persona cui questo libro appella sponitore, cioè ched ispone e fae intendere, per lo suo propio detto e de' filosofi e maestri che sono passati, il libro di Tulio, e tanto più quanto all'arte bisogna di quel che fue intralasciato nel libro di Tulio, sì come il buono intenditore potrà intendere avanti⁽¹¹⁾.

E tutte e due le parti si caratterizzano per un lessico che usa spesso parole ed espressioni tipiche del diritto⁽¹²⁾, che stavano diventando proprie della nascente lingua giuridica volgare, ma altrettanto spesso quelle stesse parole si trasfigurano e assumono valori particolari, tipici e tecnici d'un'altra scienza. Del resto Brunetto lo dice espressamente: il destinatario della sua opera, come di quella di Cicerone, non è il tecnico del diritto, il giurista impegnato quotidianamente a discutere cause nel foro, ma l'uomo di governo, quello che deve essere pronto a parlare e a farsi intendere e a convincere negli organi del comune, e a scrivere per rappresentare all'esterno la propria istituzione, e se non sempre direttamente, almeno prestando la sua assistenza ai vertici politici. Anche il lessico deve dunque adeguarsi⁽¹³⁾, e così lavora Brunetto. Meglio:

Et avegna che 'l libro tratti pur sopra controversie et insegni parlare sopra le cose che sono in tencione, et insegna cognoscere le cause e lle questioni, e per mettere exempli dice sovente dell'accusato e dell'accusatore, penserebbe per avventura un grosso intenditore che Tullio parlasse delle pitora che sono

zione della retorica che era tramandata dalla trattattistica antica » (P.G. BELTRAMI, *Introduzione*, in B. LATINI, *Tresor*, a cura di P.G. Beltrami, P. Squillacioti, P. Torri, S. Vatteroni, Torino, Einaudi, 2007, p. XII).

⁽¹⁰⁾ LATINI, *La rettorica*, cit., p. 4 C.

⁽¹¹⁾ Ivi, p. 6 C.

⁽¹²⁾ Il lessico giuridico della *Rettorica* è stato studiato nella tesi di laurea di Massimo PETRUCCIANI, «La lingua del diritto nella *Rettorica* di Brunetto Latini», discussa nell'Università di Firenze nell'anno accademico 1995-96, relatore Piero Fiorelli, dove sono utilmente messi a fronte il testo latino di Cicerone e quello volgarizzato da Brunetto.

⁽¹³⁾ Cfr. INGLESE, *Brunetto Latini*, cit., p. 8.

in corte, e non d'altro. Ma ben conosce lo sponitore che 'l suo amico è guernito di tanto conoscimento ch'elli intende e vede la propria intenzione del libro, e che lle piatora s'apartengono a trattare ai signori legisti; e che rettorica insegna dire appostatamente sopra la causa proposta, la qual causa no è pur di piatora né pur tra accusato et accusatore, ma è sopra l'altre vicende, sì come di sapere dire inn ambasciarie et in consigli de' signori e delle comunanze et in sapere componere una lettera bene dittata ⁽¹⁴⁾.

Nascono in questo modo e con questo intento civile ⁽¹⁵⁾, tipicamente ciceroniano, le parole volgari della scienza che insegna appunto a « dire e dittare » *ornatamente*, cioè 'in forma bella ed elegante', ma anche 'ordinatamente', dunque secondo una struttura e un ordine costruiti per convincere l'interlocutore: la rettorica. E che *ornatamente* voglia riferirsi anche a una costruzione 'ordinata' del discorso si ricava da un passo di un'altra operetta che può essere usato come chiosa alla chiosa di Brunetto. Dice l'ignoto autore d'una redazione (la gamma secondo l'edizione Speroni) del *Fiore di Rettorica*, libero volgarizzamento della *Rethorica ad Herennium* con inserti del *De inventione* di Cicerone: « E perché dire *ornatamente* l'alegagioni richiede di sapere fare la proposta, e di sapere asegnare la ragione, e di sapere la ragione confermare, e di sapere il detto suo ornare, e di sapere poscia ciò c'è detto ridire e recare a memoria dell'uditore in poche parole, sì tti mostrerrò apresso come le dette cose si possono bene fare » (seconda metà XIII sec.) ⁽¹⁶⁾. L'ornamento consiste dunque anche nella costruzione retoricamente ordinata del discorso.

Qualcuna delle parole di Brunetto potrà essere studiata, spesso anche con il conforto del confronto con il corrispondente latino usato da Cicerone, per vedere quanto possa "reggere" la coloritura giuridica nel lessico della *Rettorica*.

Pienamente corrispondente a quello del diritto è un uso di *legge* in senso assoluto, *la legge*, per intendere non una qualunque 'norma', ma una particolare fonte normativa, 'il diritto romano comune':

⁽¹⁴⁾ LATINI, *La rettorica*, cit., p. 142 e s. C.

⁽¹⁵⁾ Cfr. E. GUADAGNINI, G. VACCARO, « *Qui dice Tullio, qui parla lo sponitore* »: *il lessico retorico nei volgarizzamenti ciceroniani*, in « Studi di lessicografia italiana », XXVIII (2011), p. 5.

⁽¹⁶⁾ Bono GIAMBONI, *Fiore di rettorica*, a cura di G.B. Speroni, Pavia, Dipartimento di Scienza della Letteratura e dell'Arte medioevale e moderna, 1994, p. 140.

Et là dove dice che [alle origini del consorzio umano] non manteneano ragione intendo « ragione » cioè giustizia, della quale dicono i libri della legge che giustizia è perpetua e ferma volontade d'animo che dae a ciascuno sua ragione ⁽¹⁷⁾.

E infatti la *legge* citata, e tradotta, da ser Brunetto è proprio il celeberrimo passo del *Digesto* con la definizione di Ulpiano: « Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi » (D. 1, 1, 10, pr.). Un passo che compare spesso in contesti analoghi, come in un altro volgarizzamento di carattere retorico, e sempre a riempire di specifico contenuto l'espressione *la legge*: « Et secondo *la Legge* si diffinisce così: 'La giustitia è ferma e perpetua volontade ke dae la ragione sua a ciascheuno' » (1275) ⁽¹⁸⁾.

Talvolta nelle fonti del medioevo questo medesimo significato di 'diritto romano comune' (cioè la compilazione di Giustiniano « riscoperta » e riadattata come fonte del diritto alle esigenze del medioevo) si attribuisce a *legge* in modo contrastivo, perché *legge* s'accompagna a un'altra parola con un valore diverso. Come quando *legge* compare insieme a *statuto*: « renuntiando a [...] ongni altra exceptione de *lege* e de *statuto* » (inizi sec. XIV) ⁽¹⁹⁾; chi, come accade in questo antico formulario, sta concludendo un contratto con l'assistenza del notaio in questo caso rinuncia sia alle difese che possano derivare dalle norme dello statuto locale sia a quelle stabilite dal diritto romano (dalla *legge* appunto) ⁽²⁰⁾.

Talvolta invece *legge* mantiene un significato più generale e il legame con *statuto* serve a svolgere una funzione diversa. I volgarizzamenti dei testi classici — soprattutto nella fase più antica — tendono ad attualizzare lessico e contenuti per facilitare la comprensione dei lettori e spesso ricorrono a vere e proprie chiose, come del resto fa il nostro *spontitore*. Un traduttore trecentesco del Valerio Massimo si trova di fronte alla frase: « Ius civile per multa saecula

⁽¹⁷⁾ LATINI, *La retorica*, cit., p. 20 C.

⁽¹⁸⁾ A. CASTELLANI, *Il trattato della dilezione d'Albertano da Brescia nel codice II IV 111 della Biblioteca nazionale centrale di Firenze*, a cura di P. Larson e G. Frosini, Firenze, Accademia della Crusca, 2012, p. 252.

⁽¹⁹⁾ *Formule notarili aretine del primo Trecento*, a cura di S. Pieri, in « Studi linguistici italiani », XXX (1972), p. 210.

⁽²⁰⁾ Cfr. BAMBI, *Scrivere in latino, leggere in volgare*, cit., p. 203 e s.

inter sacra caerimoniasque deorum immortalium abditum solisque pontificibus notum » (21), e traduce: « la ragione civile stette nascosa per molte centinaia d'anni tra ' sacramenti e le sancte cose degli dii immortali, solamente manifesta a' pontefici » (av. 1326) (22); poi gli viene il dubbio che l'espressione *ragione civile* possa essere fraintesa dai suoi contemporanei e annota: « 'La ragione civile', ciò era la *legge* e li *statuti* del popolo di Roma » (23). Qui *legge* non sta in opposizione a *statuto*, ma le due parole formano una dittologia, tipica dello scrivere antico, per rendere più chiaro possibile il significato di 'norme in vigore' al tempo degli antichi romani.

Anche Brunetto aderisce allo stesso artificio linguistico, e in modo simile usa la parola in una sorta di endiadi con *statuto* per indicare 'l'insieme delle norme giuridiche che caratterizzano il vivere civile dell'uomo'; e mostra anche di fare propria quella concezione della legge come strumento per raffrenare gli impulsi bestiali dell'uomo che si ritrova anche in Sant'Isidoro e in Dante:

In quel tempo che lla gente vivea così malamente, fue un uomo grande per eloquenzia e savio per sapienzia, il quale cognobbe che materia, cioè la ragione che l'uomo àe in sé naturalmente per la quale puote l'uomo intendere e ragionare, e l'acconciamento a fare grandissime cose, cioè a tenere pace et amare Idio e 'l proximo, a ffare cittadi, castella e magioni e bel costume, et a ttenere iustitia et a vivere ordinatamente, se fosse chi lli potesse dirizzare, cioè ritrarre da bestiale vita, e melliorare per comandamenti, cioè per insegnamenti e per *leggi* e statuti che lli afrenasse (24).

Oppure la *legge*, nell'ideale e tradizionale opposizione a consuetudine, è la 'norma scritta'. A proposito delle distinzioni che riguardano la « contraversia che nasce di cose scritte », ser Brunetto scrive:

Il primo modo è appellato di scritto e di sentenza, perciò che lle parole che sono scritte non pare che suonino come fue lo 'ntendimento di colui che lle scrisse. Verbigrazia: Una *lege* era nella cittade di Lucca, nella quale erano scritte queste parole: « Chiunque aprirà la porta della cittade di notte, in tempo di guerra, sia punito nella testa ». Avenne che uno cavaliere l'aperse

(21) VALERIO MASSIMO, *Facta et dicta memorabilia* 2, 5, 2.

(22) *Un volgarizzamento inedito di Valerio Massimo*, a cura di Vanna Lippi Bigazzi, Firenze, Accademia della Crusca, 1996, p. 32.

(23) Ivi, p. 33.

(24) LATINI, *La rettorica*, cit., p. 22 C.

per mettere dentro cavalieri e genti che veniano inn aiuto a Lucca, e perciò fue accusato che dovea perdere la testa secondo la *legge* scritta. L'accusato si difendea dicendo che lla sentenza e lo 'ntendimento di colui che scrisse e fece la legge fue che chi aprisse la porta per male fosse punito; e così pare che lle parole scritte non siano accordanti alla sentenza dello scrittore, e di ciò nasce controversia intra loro, se si debbia tenere la scritta o la sentenza (25).

Evidentemente Brunetto si ispira al passo del *De inventione*:

Nam tum inducitur comparatio, ut in eo, qui, cum lex aperiri portas noctu vetaret, aperuit quodam in bello et auxilia quaedam in oppidum recepit, ne ab hostibus opprimerentur, si foris essent, quod prope muros hostes castra haberent (26),

che il nostro notaio, anche qui dando dimostrazione di un gusto e di uno spirito tipici del medioevo, attualizza per renderlo più comprensibile ai suoi contemporanei (27). Del resto, è risaputo e spesso indicato come caratteristica paradigmatica di questo primo modo di volgarizzare, Brunetto regolarmente traduce il latino *res publica* di Cicerone con *comune* (28). Solo due esempi:

però che quando io considero li dannaggii del nostro *comune* e raccolgo nell'animo l'antiche avversità delle grandissime cittadi, veggio che non picciola parte di danni v'è messa per uomini molto parlanti senza sapienza = nam cum et nostrae *rei publicae* detrimenta considero et maximarum civitatum veteres animo calamitates colligo, non minimam video per disertissimos homines invectam partem incommodorum (29).

Se noi lasciamo Cartagine intera, everranne bene al *comune* o no? = si Carthaginem reliquerimus incolumem, num quid sit incommodi ad *rem publicam* perventurum (30).

(25) Ivi, p. 126 C.

(26) CICERONE, *De inventione* 2, 123. Cfr. G.C. ALESSIO, *Brunetto Latini e Cicerone (e i dettatori)*, in « Italia medioevale e umanistica », XII (1979), p. 160, dove il passo di Brunetto viene messo a fronte del commento al *De inventione* fatto da Guglielmo di Champeaux (fine sec. XI - inizi sec. XII), probabile fonte indiretta del nostro notaio.

(27) A proposito di altri passi che Brunetto riprende dal *De inventione* e rende attuali, cfr. F. MAGGINI, *La "Rettorica" italiana di Brunetto Latini*, Firenze, Galletti, 1912, p. 28 e ss.

(28) SEGRE, *Volgarizzamenti del Due e Trecento*, cit., p. 23; cfr. FROSINI, *Volgarizzamenti*, cit., p. 43.

(29) LATINI, *La rettorica*, cit., p. 3; CICERONE, *De inventione* 1, 1.

(30) LATINI, *La rettorica*, cit., p. 93; CICERONE, *De inventione* 1, 11.

Meno frequente nel lessico del Trecento un altro significato di *legge* della *Rettorica*, quello di ‘scienza del diritto’, ma comunque sempre in linea con l’ampiezza semantica del termine nella latinità classica e medievale:

Or dice lo sponitore che lla civile scienza, cioè la covernatrice delle cittadi, la quale è in detti si divide in due: che ll’ una è co llite e l’ altra senza lite. Quella co llite si è quella che ssi fa domandando e rispondendo, sì come dialetica, rettorica e *lege*; quella ch’ è senza lite si fa domandando e rispondendo, ma non per lite, ma per dare alla gente insegnamento e via di ben fare, sì come sono i detti de’ poeti che ànno messo inn iscritta l’ antiche storie, le grandi battaglie e l’altre vicende che muovono li animi a ben fare ⁽³¹⁾.

Pochi esempi, insomma, dai quali si capisce che per *legge* nella *Rettorica* non ci si allontana alla fine poi troppo dagli usi e dai significati tipici della lingua del diritto del medioevo.

Solletica maggiormente l’interesse dello storico del diritto e anche di quello della lingua una parola come *ragione*. La quale — si sa perché è stato bene scritto ⁽³²⁾ — è il traduttore pressoché esclusivo del latino *ius*, dalle origini della lingua volgare fino a buona parte del XVII secolo, in quei significati fondamentali di ‘diritto oggettivo’, ‘interesse tutelato’ cioè ‘diritto soggettivo’, ‘titolo giuridico’ che dalle fonti giuridiche romane passano al latino del medioevo e al volgare ⁽³³⁾. A conferma di un quadro diffuso e stabile diatopicamente e diacronicamente, qualche esempio tratto spogliando dallo statuto fiorentino del podestà del 1355, volgarizzato dalla penna anche letterariamente esperta di Andrea Lancia:

‘Diritto oggettivo’

E se altra guisa si facesse, non vagla né tegna per la *ragione* medesima = Et si aliter fieret, non valeat nec teneat ipso *iure* ⁽³⁴⁾.

Iuri ancora esso Podestade et la sua famigla tutta [...] la *ragione* comune osservare a ciascuno là dove li statuti et le riformagioni predette non

⁽³¹⁾ LATINI, *La rettorica*, cit., p. 44 C.

⁽³²⁾ Su tutti P. FIORELLI, ‘*Ragione*’ come ‘diritto’ tra latino e volgare, in ID., *Intorno alle parole del diritto*, cit., pp. 129-184.

⁽³³⁾ Cfr. BAMBI, *Scrivere in latino, leggere in volgare*, cit., p. 291 e s.

⁽³⁴⁾ Archivio di Stato di Firenze (ASF), Statuti del Comune di Firenze 19, c. 2r = ASF, Statuti del Comune di Firenze 16, c. 4r.

parlassoro = Iuret etiam ipse potestas et sua familia tota [...] *ius* commune servare cuilibet ubi statuta vel reformationes non loquerentur ⁽³⁵⁾.

‘diritto soggettivo’

A neuno che sia eletto in Podestade per altro modo che per quello che è soprascritto *ragione* alcuna s’aquisti, ma cotale chiamata sia vana per la ragione stessa = Nulli qui sit electus in potestatem alio modo quod supra-dictum sit *ius* aliquod acquiratur, sed talis electio sit irrita ipso iure ⁽³⁶⁾.

‘titolo giuridico’

Et se alcuna cosa diverrà a lei de’ beni del padre o della madre o de’ beni d’alcuno del parentado del padre o della madre o d’alcuna altra giusta *ragione* o titolo, che tutto quello sia della predetta moglie et essere s’intenda et pertenera a lei per piena ragione et non s’intenda essere del marito = Et si quid ad eam pervenerit de bonis patris vel matris aut de bonis alicuius ex linea paterna vel matherna vel ab aliquo alio iusto *iure* vel titulo quod aliud totum prefate uxoris sit et esse intelligatur ad eam pertinere pleno iure et non intelligatur esse viri ⁽³⁷⁾.

Se questo è il quadro generale nel volgare dei primi secoli, Brunetto su un punto rompe gli schemi, e almeno in apparenza. Il discorso è articolato.

Ragione nella *Rettorica* s’incontra sovente e altrettanto sovente traduce — non *ius* — ma il ciceroniano *ratio* in uno dei significati filosofici, come ha mostrato Piero Fiorelli ⁽³⁸⁾. Così, la *ratio animi* diventa alla lettera *ragione d’animo*, subito spiegata con *sapienzia*:

intendo che eloquenzia congiunta con *ragione d’animo*, cioè con *sapienzia*, più agevolmente àe potuto conquistare e mettere inn opera ad hedificare cittadi, a stutare molte battaglie, fare fermissime compagnie et anovare santissime amicizie = multas urbes constitutas, plurima bella restincta, firmissimas societates, sanctissimas amicitias intellego cum *animi ratione* tum facilius eloquentia comparatas ⁽³⁹⁾.

Oppure ecco le *diversae rationes vitae* che Brunetto traduce in *diverse ragioni di vita* e poi spiega « colla varietà delle professioni umane »:

⁽³⁵⁾ ASF, Statuti del Comune di Firenze 19, c. 5r = ASF, Statuti del Comune di Firenze 16, c. 6r.

⁽³⁶⁾ ASF, Statuti del Comune di Firenze 19, c. 3v = ASF, Statuti del Comune di Firenze 16, c. 5r.

⁽³⁷⁾ ASF, Statuti del Comune di Firenze 19, c. 83v = ASF, Statuti del Comune di Firenze 16, c. 83v.

⁽³⁸⁾ FIORELLI, *‘Ragione’ come ‘diritto’ tra latino e volgare* cit., p. 161 e ss.

⁽³⁹⁾ LATINI, *La rettorica*, cit., p. 12; CICERONE, *De inventione* 1, 2.

Per la qual cosa pare a me che lla sapienzia tacita e povera di parole non avrebbe potuto fare tanto, che così subitamente fossero quelli uomini dipartiti dall'antica e lunga usanza et informati in *diverse ragioni di vita* = Ac mihi quidem hoc nec tacita videtur nec inops dicendi sapientia perficere potuisse, ut homines a consuetudine subito converteret et ad *diversas rationes vitae* traduceret ⁽⁴⁰⁾.

Et là dove dice « in *diverse ragioni di vita* » intendo che uno fece cavalieri, un altro fece cherico, e così fece d'altri misteri ⁽⁴¹⁾.

Ma *ragione* può cominciare anche ad assumere una coloritura giuridica — non proprio per il momento ancora l'abito di *ius* — con un significato simile al nostro 'arte di governo, scienza politica', e il corrispondente ciceroniano è sempre *ratio*; ecco allora:

Una *ragione* è delle *cittadi* la quale richiede et è di molte cose e di grandi, intra lle quali è una grande et ampia parte l'artificiosa eloquenzia, la quale è appellata Rettorica = *Civilis* quaedam *ratio* est, quae multis et magnis ex rebus constat, eius quaedam magna et ampla pars est artificiosa eloquentia, quam rhetoricam vocant ⁽⁴²⁾.

Infatti Brunetto spiega che *ragione* qui vuol dire quell'arte del governo della comunità e dei privati che richiede abilità particolari, quali appunto quelle della retorica:

Et dice così che lla *ragione delle cittadi*, cioè il reggimento e lla vita del comune e delle speciali persone, richiede molte e grandi cose, in questo modo: che è in fatti e 'n detti. In fatti è la ragione delle cittadi sì come l'arte de' fabbri, de' sartori, de' pannari e l'altre arti che si fanno con mani e con piedi. In detti è la retorica e l'altre scienze che sono in parlare ⁽⁴³⁾.

Fino adesso dunque nella *Rettorica* un *ragione* che è molto più *ratio* che non *ius*. E magari si potrà anche notare che, pur toccando molto spesso la *diceria*, 'il discorso retoricamente organizzato', argomenti di ambito giuridico, il lessico si mantiene sulle generali; solo una parte specifica della retorica riguarda la controversia giuridica, e non è detto che la si debba sempre affrontare in modo approfondito; allora non meraviglierà se certi significati tecnici non compaiono. Come per *ratio* quello di 'principio ispiratore della

⁽⁴⁰⁾ LATINI, *La retorica*, cit., p. 24; CICERONE, *De inventione* 1, 3.

⁽⁴¹⁾ LATINI, *La retorica*, cit., p. 25 s. C.

⁽⁴²⁾ Ivi, p. 39; Cicerone, *De inventione* 1, 6.

⁽⁴³⁾ LATINI, *La retorica*, cit., p. 41 C.

norma' che proprio nei giuristi francesi della seconda metà del XIII secolo s'andava affinando come strumento interpretativo, e che sarà molto caro alla — di lì a poco nascente — scuola del Commento; così che in epoca più matura Baldo potrà scrivere: « Scientia est infallibilis notitia veritatis [...]. Et nota quod scientia consistit in medulla *rationis*, e non in cortice scripturarum » (44).

Tra le parole di Brunetto s'affaccia, però, anche un altro vocabolo che non aveva allora nel volgare italiano il significato di *ius*, ma che nella *Rettorica* sembra in qualche luogo prenderlo: *diritto*. Cicerone tratta di un tipo di *costituzione* (cioè 'il tema principale di scontro tra le parti, il fondamento della controversia'), la giudiziale, e spiega: « Iuridicialis est, in qua aequi et *recti* natura aut praemii aut poenae ratio quaeritur » (45) e Brunetto volgarizza: « Iudiciale è quella nella quale si questiona la natura di *dritto* e d'iguaglianza e la ragione di guiderdone o di pena » (46). Un *diritto* che corrisponde (anche etimologicamente) a *rectum*: potrebbe voler dire semplicemente 'ciò che è giusto' senza rubare il campo a *ragione*, alla parola che monopolizza nel volgare italiano dei primi secoli, e fino a tutto il Cinquecento almeno, il significato del latino *ius*.

Ma poi, spogliatosi dei panni di volgarizzatore, e indossati quelli dello sponitore, il Latini aggiunge:

La iudiciale costituzione è quella nella quale per *diritto*, cioè per ragione provenuta per usanza e per iguaglianza, cioè per ragione naturale o per ragione scritta, si questiona sopra la quantitate o sopra la comparazione o sopra la qualitate d'un fatto, per sapere se quel fatto è giusto o ingiusto o buono o reo (47).

Qui non c'è dubbio: *diritto* è usato sullo stesso piano di *ragione* con il significato di 'complesso di norme', quello appunto espresso nel latino — di Cicerone e del basso medioevo — da *ius*. Ed è questa la prima attestazione di *diritto* con il significato che ha anche oggi (48).

(44) BALDO DEGLI UBALDI, *In primam Digesti veteris partem commentaria*, Venetiis, 1577, in l. *scire leges*, ff. *de legibus et senatusconsultis* [D. 1, 3, 17], nn. 1 e 5, p. 20.

(45) CICERONE, *De inventione* 1, 14.

(46) LATINI, *La rettorica*, cit., p. 103.

(47) Ivi, p. 103 C.

(48) *Tesoro della lingua italiana delle origini* (TLIO), a cura dell'Opera del vocabolario italiano (OVI), istituto del CNR (<http://tlio.ovi.cnr.it/TLIO/>), s.v., § 8. Cfr.

Ma — a guardar bene — non è una vittoria definitiva di *diritto* su *ragione* per esprimere quell'accezione, è ancora troppo presto: si tratta semplicemente dell'influenza che sul volgarizzatore avrà svolto la lingua del luogo dove si trovava a vivere, il francese, dove ormai il traduttore dello *ius* dei romani era diventato stabilmente *droit* ⁽⁴⁹⁾.

Conferma vien dal fatto che a proposito di altri luoghi del *De inventione* dove compare *ius*, ser Brunetto volgerà la parola latina in un *ragione*, ben più usuale per il volgare italiano:

Neuno uomo avea veduto legitimo managio, nessuno avea conosciuti certi figliuoli, né aveano pensato che utilidade fosse mantenere *ragione* et agguaglianza = *nemo nuptias viderat legitimas, non certos quisquam aspexerat liberos*, non, *ius* aequabile quid utilitatis haberet, acceperat ⁽⁵⁰⁾.

E nel commento a questo passo risuona addirittura, sempre con *ragione* traduttore di *ius*, ancora la legge del Digesto (l'Ulpiano di « Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi ») che abbiamo già visto poco sopra:

Et là dove dice che non manteneano ragione intendo « ragione » cioè giustizia, della quale dicono i libri della legge che giustizia è perpetua e ferma voluntade d'animo che dae a ciascuno sua *ragione*. Et là dove dice « agguaglianza » intendo quella ragione che dae igual pena al grande et al piccolo sopra li equali fatti ⁽⁵¹⁾.

Dunque, alla fine, se anche c'è una rottura degli schemi traduttivi consolidati, essa è facilmente e rapidamente ricomposta ⁽⁵²⁾.

Abito e coloritura speciale assume invece nella *Rettorica* la

F. BAMBI, *I nomi del 'diritto': dal latino al volgare*, in *Categorie e terminologie del diritto nella prospettiva della comparazione*, a cura di M. Graziadei e B. Pozzo, Milano, Giuffrè, 2015, p. 31 e ss.

⁽⁴⁹⁾ FIORELLI, *'Ragione' come 'diritto' tra latino e volgare*, cit., pp. 157 e 164.

⁽⁵⁰⁾ LATINI, *La rettorica*, cit., p. 17; CICERONE, *De inventione* 1, 2.

⁽⁵¹⁾ LATINI, *La rettorica*, cit., p. 20 C.

⁽⁵²⁾ Ancora una conferma. Quando Brunetto trova *ius* nella anonima parafrasi latina della *Rhetorica vetus*, che spesso segue traducendo e commentando Cicerone, non ha esitazioni a tradurlo con *ragione*: « Civitas est collectio hominum facta ad iure vivendum » (ALESSIO, *Brunetto Latini e Cicerone [e i dettatori]*, cit., p. 137) = « Cittade è uno raunamento di gente fatto per vivere a *ragione* » (LATINI, *La rettorica*, cit., p. 13 C). Il passo è già nel commento al *De inventione* di Mario Vittorino, grammatico del IV secolo (MAGGINI, *La "Rettorica" italiana di Brunetto Latini*, cit., p. 27).

parola *costituzione*, che il medioevo giuridico — latino e volgare — conosce soprattutto con il valore di ‘atto normativo’, in particolare dell’imperatore o del pontefice, o, al plurale, con quello di ‘statuto’. E certi usi stereotipati rimarranno nel linguaggio del diritto almeno fino all’Ottocento, come l’espressione *nova costituzione* per indicare una ‘novella’ di Giustiniano (in particolare, quella famosa sulla solidarietà):

renunzando al beneficiu de la nove *constitutione* = renuntians in hoc facto nove *constitutionis* beneficio (prima metà del sec. XIII) ⁽⁵³⁾.

Compete al Mallevadore il beneficio della *nuova costituzione* dei Fideiussori (1816) ⁽⁵⁴⁾.

Brunetto, invece, adagiandosi sul lessico di Cicerone, con un calco semantico introduce nel nascente italiano un significato nuovo. Ecco la nuova *costituzione* nella *Rettorica*:

Della *constitutione* e delle quattro sue parti. Ogni cosa la quale à alcuna controversia in diceria o in questione contiene in sé questione di fatto o di nome o di genere o d’azione; e noi quella questione della quale nasce la causa apelliamo *constitutione*. E *constitutione* è quella ch’è prima pugna delle cause, la quale muove dal contastamento della intenzione in questo modo: « Facesti » — « Non feci » o « Feci per ragione » = *Omnis res, quae habet in se positam in dictione ac disceptatione aliquam controversiam, aut facti aut nominis aut generis aut actionis continet quaestionem. Eam igitur quaestionem, ex qua causa nascitur, constitutionem appellamus. Constitutio est prima conflictio causarum ex depulsionem intentionis profecta, hoc modo: ‘Fecisti’; ‘Non feci’ aut ‘Iure feci’* ⁽⁵⁵⁾.

E ancora Cicerone, e Brunetto di conserva, torna sul concetto quando si deve definire la *questione*:

Della questione. Questione è quella contraversia la quale s’ingenera del contastamento delle cause in questo modo: « Non facesti a ragione — Io feci a ragione ». Questo è contastamento delle cause nella quale è la *constitutione*, e di questa nasce contraversia la quale noi apelliamo questione, in

⁽⁵³⁾ *Formule volgari derivanti dal “Liber formularum” di Ranieri del Lago di Perugia*, a cura di A. Castellani, in « Bollettino dell’Opera del vocabolario italiano », II (1997), p. 229 = RANIERI DA PERUGIA, *Ars notaria*, a cura di A. Gaudenzi, in *Scripta anecdota glossatorum*, vol. II, Bononiae, in aedibus Petri Virano olim fratrum Treves, 1982, p. 34.

⁽⁵⁴⁾ P. e G.B. CECCHI, *Formulario ad uso dei notari d’Italia e specialmente dei toscani*, Firenze, Stamperia del giglio, 1816, vol. I, pt. I, p. 86.

⁽⁵⁵⁾ LATINI, *La rettorica*, cit., p. 81; CICERONE, *De inventione* 1, 10.

questo modo: se fatto l'à a ragione o no = Quaestio est ea, quae ex conflictione causarum gignitur controversia, hoc modo: 'Non iure fecisti'; 'Iure feci'. Causarum autem est conflictio, in qua *constitutio* constat. Ex ea igitur nascitur controversia, quam quaestionem dicimus, haec: 'Iurene fecerit?' (56).

Brunetto commenta:

Questo è quello che Tullio appella questione. Dunque potemo intendere che quando le parti àno detto e quando l'accusatore àe apposto incontra l'avversario suo e l'accusato àe risposto o negando o confessando, s'è la causa cominciata et ordinata; e però infine a questo punto è appellata *constitutio*, cioè viene a dire che lla causa è cominciata et ordinata; da quinci innanzi, se l'accusato nega e difendesi, si conviene che ssi conosca se lla sua defensione è dritta ['giusta'] o no, cioè quando dice: «Io feci ragione» conviensi trovare s'elli à fatto ragione o no, e questa è appellata questione (57).

Insomma: seguendo, non solo metaforicamente, lo schema del processo formulare romano, la *costituzione* si delinea attraverso il primo incontro della *intentio*, dove l'attore/accusatore esprime la propria pretesa e il fondamento giuridico dell'azione, con le difese e le argomentazioni della controparte. È dunque 'il tema principale, originario e genetico, di scontro tra le parti, il fondamento della controversia' che ha la funzione — come ben precisa Brunetto nel commento — di *constituire*, cioè 'strutturare in modo ordinato e corretto', l'oggetto del giudizio e in generale il tema dialettico; una *species* del *genus* 'questione', come vedremo.

È un valore tipicamente «ciceroniano» che nel volgare delle origini (e fors'anche dopo) è attestato solo nella *Rettorica* (che contiene circa un sesto delle occorrenze totali nel Due-Trecento della parola *costituzione*) e nella già citata redazione anonima del *Fiore di rettorica* (due occorrenze) (58). Poi l'uso parrebbe scomparire, mentre *costituzione* assumerà ben altri significati, come si sa.

Chiudiamo appunto con le vicende che riguardano *questione*.

Il significato di *quaestio/questione* nelle fonti giuridiche del

(56) LATINI, *La rettorica*, cit., p. 131; CICERONE, *De inventione* 1, 18.

(57) LATINI, *La rettorica*, cit., p. 132 C.

(58) Come si ricava dalla consultazione del Corpus OVI dell'italiano antico, a cura dell'Opera del vocabolario italiano (OVI), istituto del CNR (<http://gattoweb.oivi.cnr.it/>).

medioevo, alto e basso, è noto, e non rappresenta che la continuazione della sfera semantica che la parola aveva in quelle romane; un po' semplificando: 'controversia', 'giudizio pubblico penale', 'tortura' ⁽⁵⁹⁾. Il valore di concreta 'controversia giudiziaria' compare presto in volgare: « i quali d[anari] gli diedi per volontade di messer lo marchese per l'asimazione di testimoni dati per la *quistone* de la Badia di Farferi e de la Cortte sopra certti kastella » (1279-80) ⁽⁶⁰⁾; e anche prima in un documento veronese degli inizi del secolo: « e lo Comun de Boolon se lagà en ser Pegoraro dal Mercà Novo de quelle *questione* le quale igi aveva entro ssi » (1214) ⁽⁶¹⁾.

Nella *Rettorica* Brunetto torna diverse volte sul concetto di *questione*, sia traducendo i passi del *De inventione*, sia, sulla falsariga di quelli, nella veste di sponitore.

Abbiamo appena visto che:

⁽⁵⁹⁾ Significato quest'ultimo non molto diffuso in volgare e neppure troppo nel latino dei giuristi, seppure fosse quello tecnico di *quaestio* nelle fonti giustiniane, come, or son quasi settant'anni, scriveva Piero FIORELLI, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, Milano, Giuffrè, vol. I, 1953, p. 182. Tanto per dire, con questa accezione la parola non è usata nel lessicalmente ricchissimo costituito volgare di Siena del 1309-10, dove *questione* è solamente 'controversia giudiziaria' (*Il costituito del Comune di Siena volgarizzato nel MCCCIX-MCCCX*, edizione critica a cura di Mahmoud Salem Els Sheikh, Siena, Fondazione Monte dei Paschi di Siena, 2002, in 3 voll.; in particolare, s.v. *questione* del Glossario); e neppure nell'altrettanto ricca compilazione statutaria fiorentina del 1355; mentre si affaccia nel *Breve del Popolo e delle Compagne del Comune di Pisa* (1330): « Et intorno alle soprascripte tutte cose investigare et trovare, io Capitano abbia pieno, libero et generale arbitrio, così in ponere ad *questioni* et tormenti, et punire in avere et persona, come etiandio ad tutte altre cose » (in *Statuti inediti della città di Pisa dal XII al XIV secolo*, a cura di F. Bonaini, Firenze, Vieusseux, vol. II, 1870, p. 463); e nello *Statuto del Comune e del Popolo di Perugia del 1342 in volgare*: « E a la pruova ke 'l signore del dicto malfatore el fecesse fare, baste la pruova de la piubeca fama, la quale per piena pruova sia avuta, acioké possa e deggase procedere contra luie a le *quistione* overo tormenta » (a cura di Mahmoud Salem Els Sheikh, Perugia, Deputazione di Storia patria per l'Umbria, 2000, p. 301). Ma l'aveva già notato il Fiorelli, appunto, e i moderni strumenti d'interrogazione informatica dei testi antichi non consentono di aggiungere granché: solo qualche occorrenza nel *Breve di Villa di Chiesa (Iglesias)*, a cura di Sara Ravani, Centro di studi filologici sardi — Cuec, 2011, I 6, p. 17, e II 19, p. 106 (av. 1327).

⁽⁶⁰⁾ *Libro d'introiti e d'estiti di papa Niccolò III nella Marca*, in *Nuovi testi fiorentini del Dugento*, a cura di A. Castellani, Firenze, Sansoni, 1952, t. II, p. 506.

⁽⁶¹⁾ *Regesto di un accordo*, in A. STUSSI, *Testi in volgare veronese del Duecento*, in « *Italianistica* », XXI (1992), 2-3, p. 249.

Questione è quella contraversia la quale s'ingenera del contastamento delle cause ['posizioni delle parti'] in questo modo: « Non facesti a ragione — Io feci a ragione » = *Quaestio* est ea, quae ex conflictione causarum gignitur controversia, hoc modo: 'Non iure fecisti'; 'Iure feci' (62).

Si può aggiungere:

Rettorica è scienza di ben dire sopra la causa proposta, cioè per la quale noi sapemo ornatamente dire sopra la *quistione* apostata (63).

Et intendo che *quistione* è una diceria nella quale àe molte parole sìe impigliate che ssine puote sostenere l'una parte e l'altra, cioè provare sì e no per atrebuti, cioè per propietadi del fatto o della persona. Et ecco l' exemplo in questa diceria che fie proposta in questo modo: « È da sbandire in exilio Marco Tulio Cicero o no, che davanti al popolo di Roma fece anegare molti romani a tempo che 'l comune era in dubbio? ». In questa proposta à due parti, una del sì et un' altra del no (64).

Questione tant'è a dire come 'l primo detto di colui che comincia contra un altro e 'l secondo detto di colui che ssi difende. Et appellasi *quistione* una diceria nella quale àe due parti messe in guisa di dubitazione, et appellasi *questione* per l' una e per l'altra parte della questione (65).

Insomma, *questione* è 'il tema principale o secondario della controversia oratoria', presuppone sempre un interrogativo che concentri in sé un punto d'indagine della diatriba e che faccia riferimento a uno scontro dialettico tra le parti. Può distinguersi secondo l'argomento in varie categorie, ognuna rappresentata — nelle parole dello sponitore — da una domanda:

Ogne cosa la quale àe in sé controversia, cioè della quale i diversi diversamente sentono sicché alcuna cosa dicono sopr'a ccìo con inquisizione, cioè per sapere se alcuna delle parti è vera o falsa, sì à in sé *questione di fatto*, cioè *questione* la quale muove di ciò che alcun fatto è apposto altrui. Verbigrazia: Dice l'uno contra l'altro: « Tu mettesti fuoco nel Campidoglio »; et esso risponde: « Non misi » (66).

Od è *questione di nome*, [l'esempio riguarda un problema di qualificazione giuridica] cioè che ll'una parte appone un nome a un fatto e l'altra parte n'appone un altro. Verbigrazia: Alcuno à furato d' una chiesa uno cavallo o altra cosa che non sia sagrata. Dice l' una parte contra lui: « Tu ài commesso sacrilegio ». Dice l'altro: « Non sacrilegio, ma furto ». Ed nota che sacrilegio

(62) LATINI, *La rettorica*, cit., p. 131; CICERONE, *De inventione* 1, 18.

(63) LATINI, *La rettorica*, cit., p. 5 C.

(64) Ivi, p. 55 C.

(65) Ivi, p. 82 C.

(66) Ivi, p. 84 C.

è molto peggiore di furto, perciò che che colui commette sacrilegio che fura cosa sacra di luogo sacro (67).

Od è *questione del genere*, cioè della qualitate d'alcuno fatto, in ciò che l'una parte appone a quel fatto una qualitate e l'altra un'altra. Verbigrazia: Dice l'uno: « Questi uccise la madre iustamente perciò ch'ella avea morto il suo padre ». Dice l'altro: « Non è vero, ma iniustamente l'ha fatto » (68).

Od è *questione d'azione*, cioè viene a dire che contiene *questione* la quale procede di ciò, c'alcuna azione si muta d'un luogo ad altro e d'un tempo ad altro. Verbigrazia: Dice uno contra un altro: « Tu m'hai furato un cavallo »; et esso risponde: « Vero è, ma non t'ine rispondo in questo tempo, perciò che tu se' mio servo, o perciò ch'è tempo feriato o perciò ch'io non debbo risponderti in questa corte, ma in quella della mia terra » (69).

Mentre *constitutione* è una specie del genere *questione*: è il tema di scontro retorico visto nel suo momento genetico e ordinativo. I due concetti sono facilmente confondibili, tant'è che Quintiliano non esiterà a ritenere pleonastica la distinzione tra *constitutio* e *questione*: « Quod nos statum, id quidam *constitutionem* vocant, alii *quaestionem*, alii quod ex quaestione apparet, Theodorus caput [...] ad quod referantur omnia, quorum diversa appellatio, vis eadem est, nec interest discentium quibus quidque nominibus appelletur dum res ipsa manifesta sit » (70).

L'ambito elettivo della *quaestio*, come si evince dagli esempi e in particolare dagli interrogativi che sinteticamente ne esprimono le varie tipologie, è la controversia giudiziaria, ma il lessico non coincide perfettamente con quello del diritto. La *quaestio facti / questione di fatto* di Cicerone e di Brunetto rimanda certo alla distinzione *quaestio facti / quaestio iuris* cara ai giuristi (71); invece le *quaestiones legitimae* e le *quaestiones de facto*, nelle quali sperimen-

(67) *Ibidem*.

(68) Ivi, p. 85 C.

(69) *Ibidem*.

(70) QUINTILIANO, *Institutio oratoria* 3, 6, 2.

(71) La distinzione è ben definita da un celebre dizionario giuridico, espressione della Scuola culta: « Quaestionum genera, de omnibus plane rebus mundanis, cum in iudicio, tum extra iudicium, tria sunt: scilicet, An fit? Quid fit? Quale fit? Prima quaestio facti est, et probationibus, vel coniecturis expeditur, ut veritas appareat. Inde sunt tituli: de probationibus, de instrumentis, de testibus, et alii id genus. Reliquae duae quaestiones iuris sunt, quae per artem boni et aequi explicantur: cuius fit mentio in l. I in princ. ff de iust. et iure. Quamobrem lex inter quaestionem facti, et questionem iuris observari vult discrimen » (*Lexicon iuridicum iuris caesarei simul, et canonici, feudalis item, civilis*,

tavano la propria acribia argomentativa i glossatori, e poi i commentatori, per conciliare i contrasti tra le leggi della compilazione di Giustiniano o per trovare una disciplina ai casi in quelle leggi non previsti, in sé richiamano sì il valore di 'interrogativo che nasce da una contrapposizione di opinione e che abbisogna di risposta', tipico della *quaestio*, ma alludono a una struttura tecnica complessa (la *distinctio* o il sillogismo) ⁽⁷²⁾ che travalica la definizione di *questione* di Cicerone e Brunetto.

Anche in quest'ultimo caso si conferma dunque una distinzione di livello tra la lingua della retorica e quella del diritto: i due ambiti tematicamente spesso si toccano, ma in genere i lessici conservano una compiuta diversità, più ampio e generale quello retorico, più specifico quello giuridico. Ragione in più, è il caso di dire, per continuarne lo studio comparato.

criminalis, theoretici ac practici, studio et opera Iohannis Calvini alias Kahl, Genevae, Sumptibus Samuelis Chouët, 1670, s.v.; 1^a edizione 1600).

⁽⁷²⁾ Per un inquadramento generale sul punto si veda Andrea ERRERA, *Il concetto di scientia iuris dal XII al XIV secolo. Il ruolo della logica platonica e aristotelica nelle scuole giuridiche medievali*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 23 e ss., 61 e ss., 125 e ss.

GIUSEPPE GUIZZI

TRA STORIA, DIRITTO E LETTERATURA:
INSOLVENZA E FALLIMENTO
IN HONORÉ DE BALZAC (*)

1. La riforma della disciplina della crisi d'impresa tra diritto e letteratura: una premessa. — 2. Perché Balzac... — 3. *Eugénie Grandet* e l'onta del fallimento. — 4. Alla radice dei problemi dell'insolvenza e dei limiti delle discipline autoritative: ascesa e caduta di *César Birotteau*. — 5. *Illusioni Perdute*: le soluzioni negoziali delle crisi, e i loro limiti. — 6. Conclusione.

1. *La riforma della disciplina della crisi d'impresa tra diritto e letteratura: una premessa.*

Per quale motivo, nel pieno di un processo di riforma che dovrebbe, almeno nelle ambizioni, condurre al superamento di tante delle rigidità della legge fallimentare del 1942 e all'approvazione di un vero e proprio *Codice della crisi*, anziché partecipare al dibattito dedicandosi all'analisi delle singole proposte normative si avverte, invece, l'esigenza di rapportarsi al problema dell'insolvenza e del fallimento richiamandosi alla letteratura?

La risposta all'interrogativo ben si coglie, a mio avviso, in una pagina del *Tempo ritrovato*, tra le più dense di significato dell'intera *Recherche*, e di importanza fondamentale per comprendere e ricostruirne la poetica, dove Proust osserva che « la grandezza dell'arte vera consiste nel ritrovare, nel riafferrare, nel farci conoscere quella realtà lontani dalla quale viviamo, rispetto alla quale deviamo sempre più, mano a mano che prende spessore e impermeabilità la conoscenza convenzionale che le sostituiamo, quella realtà che rischieremmo di morire senza averla conosciuta, e che è molto

(*) In ricordo di nonna Raffaella e dei suoi insegnamenti di francese.

semplicemente la nostra vita », traendone pertanto la conclusione che « la vera vita, la vita finalmente riscoperta e tratta alla luce, la sola vita pienamente vissuta è la letteratura » (1).

La considerazione proustiana, e la sua concezione sul significato e il valore dell'arte, mi sembra indicare, infatti, il migliore argomento che può essere invocato per spiegare la legittimità di un simile approccio, consentendo così anche di comprendere la ragione della crescente attenzione che oramai pure in Italia si dedica al binomio *law and literature*. Un binomio, questo, che è suscettibile sì di molteplici declinazioni (2), ma tra le quali la più seducente e produttiva per il giurista mi sembra quella che rimanda all'idea dell'opera letteraria come strumento e schema di conoscenza dell'esperienza giuridica (3). Gli è, infatti, che se lo studio e la conoscenza del diritto non possono andare disgiunti dal contatto con la realtà vivente, perché il « problema del diritto è il problema di ogni uomo » (4), l'opera letteraria, là dove espressione — appunto proustianamente — di « *arte vera* », ossia nella sua capacità di rappresentarci in termini universali le vicende e la vita degli uomini, diventa strumento di conoscenza, e quindi migliore strumento di comprensione del diritto, appunto in quanto strumento di conoscenza dei fatti e dei rapporti che esso deve regolare (5).

(1) *Alla ricerca del tempo perduto. Il tempo ritrovato*, nella traduzione di Giovanni Raboni, edita da Mondadori per la collana *I Meridiani*, IV, Milano, 1993, p. 577.

(2) L'osservazione è di F. OST, *Raconter la loi. Aux sources de l'imaginaire juridique*, Paris, 2004, e si può leggere nella traduzione italiana di G.V. Marogna, edita da il Mulino con il titolo *Mosè, Eschilo, Sofocle. All'origine dell'immaginario giuridico*, Bologna, 2007.

(3) Nell'accezione riservata all'espressione da R. ORESTANO, *Dell'«esperienza giuridica» vista da un giurista*, in « Riv. trim. dir. e proc. civ. », 1980, p. 1173 e ss.

(4) La citazione è da T. ASCARELLI, *Antigone e Porzia*, in Id., *Problemi giuridici*, Milano, 1959, I, p. 3 e ss.

(5) In questa prospettiva non colgono, pertanto, nel segno le perplessità di chi esprime dubbi sull'effettivo contributo della letteratura allo studio del diritto, osservando, per un verso, che la grandezza della prima dipende dalla capacità di affrontare temi « *eterni* », mentre il diritto è un prodotto storicamente mutevole, e dunque contingente, e che, per altro verso, la rilevanza del fenomeno giuridico è in definitiva servente rispetto all'intreccio e poi funzionale, nella grande letteratura, sempre a permettere al narratore di dire in realtà qualcosa dell'uomo (così in particolare R.A. POSNER, *Law and*

Anzi, in termini più generali, e forse più ambiziosi, può dirsi che nella crescente attenzione al binomio *diritto e letteratura*, e negli studi che vengono condotti lungo questa direttrice, si può cogliere un'eco della crisi della nozione di metodo applicabile alle scienze sociali — ovvero, più esattamente, della crisi dell'idea che sia possibile individuare un unico metodo di analisi, dotato di valore assoluto e universale, modellato sulla falsariga di quello proprio delle scienze naturali, con i suoi caratteri di obiettività e dimostrabilità — e una apertura, invece, verso le prospettive e opzioni ermeneutiche che, all'esito soprattutto della riflessione condotta da Gadamer ⁽⁶⁾, valorizzano le c.d. « *esperienze extrametodiche della verità* » ⁽⁷⁾, a partire innanzitutto dall'esperienza estetica. Se, infatti, come notava il filosofo tedesco, nell'incontro con l'opera d'arte « si attua un'esperienza che modifica realmente colui che la compie », nel senso che essa cambia il suo modo di vedere il mondo e di rapportarvisi, l'*esperienza estetica* finisce per diventare anch'essa un'*esperienza di verità*. Anzi, sotto questo specifico profilo il caso della letteratura appare esemplare, giacché l'opera letteraria — specie quando appartiene alla *letteratura universale* — manifesta una verità e una validità permanente per tutti. Insomma, essa assume valore conoscitivo, appunto perché, anche quando si tratti di una *letteratura realista*, quel significato siamo pur sempre « *noi a*

Literature: A Relation Reargued, in « *Virginia Law Review* », 72 (1986), p. 1351 e ss.; ma anche ID., *Law and Literature: A Misunderstood Relation*, Cambridge, 1988, *passim*, in specie p. 355 e ss.); intreccio il quale ruota, oltretutto, intorno a vicende spesso non suscettibili di generalizzazione (in questo senso, invece, R.A. EPSTEIN, *Does Literature Work as Social Science? The Case of George Orwell*, in « *University of Colorado Law Review* », 73 (2002), p. 987 e ss.). Tali osservazioni mi sembrano perdere, infatti, di vista quel che osservo nel testo, ossia che ogni discorso intorno all'esperienza giuridica non può mai fare astrazione dall'uomo e dalla realtà sociale in cui esso vive e opera — proprio perché l'esperienza del diritto è « costituita da tutti gli elementi della vita », come rammentava Cesare Vivante — ed è allora per la comprensione di quest'ultima, appunto in ciò che essa può avere di universale, che la letteratura è di ausilio.

(6) Il riferimento è, naturalmente, a H.G. GADAMER, *Wahrheit und Methode*, Tübingen, 1960, che si può leggere nella traduzione italiana di Gianni Vattimo, Milano, 2000.

(7) Così G. VATTIMO, *L'ontologia ermeneutica nella filosofia contemporanea*, introduzione alla prima traduzione italiana dell'opera di Gadamer, apparsa nel 1972.

estrarlo » — per dirla di nuovo, ancorché rovesciandola ⁽⁸⁾, con una celebre metafora proustiana.

In questa prospettiva, allora, non diversamente dallo studio storico, dall'analisi comparatistica, o ancora da quella fondata sui principi della *law and economics*, pure l'indagine dei problemi del diritto condotta attraverso il filtro della rappresentazione letteraria risulta non solo del tutto legittima, ma anche particolarmente proficua, specie in una logica *de iure condendo*, proprio perché può aiutarci a comprendere meglio quanto vi è di costante, e spesso di eternamente irrisolto, nella realtà che ci circonda.

2. *Perché Balzac...*

Chiarite le ragioni e i limiti entro cui la letteratura può a mio avviso, risultare proficua e utile agli studi del giurista, vorrei provare a rispondere all'interrogativo su quale sia l'immagine che del fenomeno della crisi dell'impresa essa può trasmetterci, usando quella straordinaria lente di osservazione del realtà vivente che è costituita dall'opera di Balzac.

La scelta è suggerita non solo dalla considerazione che è stato Balzac ad aver dato inizio, con più forza, alla stagione del realismo contemporaneo ⁽⁹⁾, ma anche, e soprattutto, dal fatto che se l'obiettivo del grande romanziere è stato — come si legge nella lettera del 26 ottobre 1834 a Madame Hanska, a proposito della *Comédie humaine*, e poi di quella sezione costituita dagli *Étude de Mœurs* —

⁽⁸⁾ Rovesciandola, giacché Proust nega che un qualche valore possa ascriversi alla « letteratura di notazioni », a quell'arte, cioè, che definisce « sedicente vissuta... Scarna ripetizione di ciò che i nostri occhi vedono e la nostra intelligenza osserva » e che egli giudica « priva di bellezza ». Il severo giudizio proustiano non deve essere, tuttavia, inteso come un'autentica e generalizzata condanna del *realismo nella letteratura*, né come negazione del significato conoscitivo in tali casi dell'esperienza estetica, quanto piuttosto essere visto come funzionale a rivendicare il valore dell'arte e della letteratura come strumento di rappresentazione universale anche, e soprattutto, della dimensione emozionale del nostro vissuto.

⁽⁹⁾ Come nota E. AUERBACH, *Mimesis. Il realismo nella letteratura occidentale*, nella traduzione di Alberto Romagnoli e Hans Hinterhäuser, Torino, 2000, II, p. 243, Balzac « non soltanto, come Stendhal, ha collocato gli uomini, di cui con serietà narra la sorte, nella loro cornice storica e sociale esattamente circoscritta, ma inoltre ha inteso questo legame come necessità ».

rappresentare « tutti gli effetti sociali, senza dimenticare né una situazione della vita, né un carattere di uomo e di donna, né una maniera di vivere, né una professione, né una zona sociale, né un paese della Francia, né qualunque cosa dell'infanzia, della vecchiaia, dell'età matura, della politica, della giustizia, della guerra », e dunque rappresentare « la storia del cuore umano, tessuta filo per filo », in quanto « *non saranno fatti immaginari, ma sarà quello che avviene ovunque* »⁽¹⁰⁾, è risultato in qualche modo inevitabile che un ruolo centrale nell'intreccio di molti dei suoi romanzi finissero per assumere anche i fenomeni dell'insolvenza e del fallimento. Due mi sembrano essere, in particolare, le ragioni che possono spiegare perché il tema torni anzi con frequenza nella narrativa balzachiana.

Il motivo principale risiede certamente nel fatto che Balzac è stato tra i primi a esprimere il naufragio delle illusioni della società nata all'indomani della rivoluzione francese a confronto con l'ascesa delle forze della restaurazione e del montante capitalismo⁽¹¹⁾, specie di quello finanziario⁽¹²⁾, sicché nella sua rappresentazione non

⁽¹⁰⁾ Così H. DE BALZAC, *Lettres a l'Étranger (1832-1842)*, Paris, 1899, p. 205, solo il corsivo è mio. L'idea verrà ripresa, nel 1842, nell'*Avant-propos* alla prima edizione della *Comédie*, dove Balzac sottolinea che la sua opera « a sa géographie comme il a sa généalogie et ses familles, ses lieux et ses choses, ses personnes et ses faits; comme il a son armorial, ses nobles et ses bourgeois, ses artisans et ses paysans, ses politiques et ses dandies, son armée, tout son monde enfin » (l'*Avant-propos* si può leggere nella edizione critica dell'opera balzachiana pubblicata da Gallimard per la *Bibliothèque de la Pléiade*, Paris, 1976, I; il brano si legge a p. 19).

⁽¹¹⁾ La notazione è di G. LUKÁCS, *Balzac: Les Illusions Perdues*, in ID., *Saggi sul realismo*, Torino, 1976³, p. 67 e ss. Nella medesima prospettiva, e in particolare nel senso che la *Comédie humaine* costituisce un affresco della società borghese e delle sue forze di produzione alle soglie del capitalismo maturo, e che pertanto descrive, con lucidità e chiarezza, « il processo capitalistico che raggiunge e modella le persone di cui la forma del romanzo vuole catturare la vita », T.W. ADORNO, *Balzac Lektüre*, in ID., *Noten zur Literatur*, Frankfurt am Main, 1969 (che si cita dalla traduzione italiana *Lettura di Balzac*, in ID., *Note per la letteratura*, edita da Einaudi, Torino, 2012, p. 66 e ss., in specie p. 78).

⁽¹²⁾ L'importanza, sotto questo profilo, della *Comédie humaine* era stata già colta da Friederich Engels, nel 1888, quando osservava (lettera a Margaret Harkness: che si può leggere in K. MARX, F. ENGELS, *Scritti sull'arte*, Milano, 2012, in specie p. 80 e ss.) come merito di Balzac sia stato, tra gli altri, proprio, di aver lucidamente descritto « sotto forma di cronaca, la spinta sempre crescente in ascesa della società borghese contro la società nobiliare » e soprattutto « come gli ultimi avanzi di questa società andavano a poco a poco soggiacendo all'assalto del ricco e volgare villano rifatto » venendone

poteva certo mancare la considerazione di quei rivolgimenti che anche in campo economico condussero, nei primi trent'anni del secolo, alla progressiva crisi di un ceto e di una classe, quale quella degli artigiani e dei commercianti ⁽¹³⁾; una crisi di un ceto e di una classe che non poteva, allora, che essere espressa rappresentando innanzitutto quella vicenda che, nella dimensione individuale prima ancora che collettiva, ne costituisce indiscutibilmente l'espressione più significativa ⁽¹⁴⁾.

Ma un motivo certo non secondario è da ricercare anche — più ancora, come pure si è soliti osservare, dell'essere insolvenza e fallimento vicende di cui egli ebbe a fare una personale e diretta esperienza ⁽¹⁵⁾ — nella circostanza che il contesto sociale in cui Balzac visse, e che ambisce a mettere in scena nella sua monumentale opera, è stato attraversato da un profondo e radicale processo di evoluzione e di riforma legislativa, segnato dalla promulgazione e dell'entrata in vigore delle codificazioni napoleoniche. Un processo che ha caratterizzato tutti i campi del diritto civile e commerciale ⁽¹⁶⁾, che dunque ha coinvolto anche quello fallimentare, e che

« corrotti ». Per una più ampia analisi del tema cfr. A. SCHRÖDER, *Politische Geldkritik in der französischen Literatur im Kontext von Balzac, Vallès, Zola und Jarry* (Dissertation), Frankfurt am Main, 2001, p. 96 e ss. (consultabile all'indirizzo <http://publikationen.uni.uni-frankfurt.de>).

⁽¹³⁾ Sul punto si veda, ad esempio, D.H. WALKER, *La Lente Agonie du petit commerce? Balzac, Grandeur et décadence de César Birotteau, and Zola, Au bonheur des dames*, in ID., *Consumer Chronicles: Cultures of Consumption in Modern French Literature*, Liverpool, 2011, p. 93 e ss.

⁽¹⁴⁾ Si veda, in questo senso, proprio quanto scriveva Balzac, sempre a Madame Hanska, nella lettera del 10 aprile 1834, a proposito della storia di *César Birotteau*, che stava allora iniziando a concepire, il cui il protagonista egli definisce come una « victime de la civilisation parisienne » (cfr. *Lettres a l'Étranger (1832-1842)*, cit., p. 149).

⁽¹⁵⁾ Insistono sull'importanza anche del motivo autobiografico D.J. KORNSTEIN, *He Knew More: Balzac and the Law*, in « Pace Law Review », 21 (2000), p. 1 e ss., in specie p. 76; D.A. ZACKS, *A Response to Epstein: Honoré de Balzac's Rise and Fall of César Birotteau and Literature's Relevance to Social Science*, in « Whittier Law Review », 36 (2015), p. 283 e ss., in specie p. 286 e ss.

⁽¹⁶⁾ Sul significato dirimente delle codificazioni napoleoniche si veda P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Bari, 2007, in specie, p. 135 e ss. Con particolare riferimento a quella commerciale, cfr., di recente, F. MAZZARELLA, *Un diritto per l'Europa industriale (Cultura giuridica ed economia dalla rivoluzione francese al secondo dopoguerra)*, Milano, 2016, in specie p. 1 e ss. Sulla genesi del *Code de commerce*, e sui suoi rapporti sia con

è stato anzi connotato al riguardo dal faticoso tentativo di ricercare soluzioni che fossero in grado di realizzare — allora, come in passato, come adesso ⁽¹⁷⁾ — un'equilibrata tutela degli interessi in gioco, in primo luogo quello dei creditori al soddisfacimento delle loro pretese in tempi e forme ragionevoli. In quest'ottica, pertanto, se il realismo della narrativa balzachiana conduce alla costruzione di un « *roman de société* » ⁽¹⁸⁾ — perché descrive e mette in scena le passioni, gli interessi, i drammi degli uomini senza isolarli dal contesto sociale ed economico in cui la loro vita si svolge, ma anzi cogliendone l'influenza — non solo è inevitabile che l'evoluzione del sistema normativo che si afferma, seppure faticosamente e non senza contraddizioni ⁽¹⁹⁾, e che segna appunto l'emergere di un'epoca nuova, finisca per costituire, com'è stato scritto non senza enfasi, una delle intelaiature portanti dell'intero progetto balzachiano ⁽²⁰⁾, ma

la vicenda rivoluzionaria, da cui trae origine, sia con i testi normativi previgenti, cfr. in particolare, U. PETRONIO, *Un diritto nuovo con materiali antichi: il Code de commerce fra tradizione e innovazione*, in *Negozianti e imprenditori. 200 anni dal Code de commerce*, a cura di C. Angelici, M. Caravale, L. Moscati, Roma, 2008, p. 5 e ss.

⁽¹⁷⁾ Emblematico, sotto questo profilo, mi sembra quanto si legge già nel preambolo dell'*Ordonnance* colbertina del 1673, il cd. *Code Savary*, dove si sottolineava la necessità che un'ordinata disciplina del fallimento risponda ad esigenze di interesse collettivo, e tra queste, l'esigenza di assicurare una tutela dei creditori rimuovendo « les obstacles qui les détournent de leur emploi par la longueur des procès, et consomment en frais le plus liquide de ce qu'ils ont acquis » (e cfr., per una prima informazione sul tema, N. COQUERY, *Les faillites boutiquières sous l'Ancien Régime*, in « *Revue française de gestion* », 2008, p. 341 e ss.). *Nibil sub sole novi*, viene allora da osservare, se anche quasi trecentocinquanta anni dopo, nella relazione illustrativa allo schema di legge delega che dovrebbe condurre al nuovo codice della crisi di impresa (relazione del 29 dicembre 2015 e che si può consultare sul sito www.osservatorio-oci.org), si legge ancora che tra gli obiettivi fondamentali che la nuova disciplina deve perseguire vi è la realizzazione di « una indispensabile opera di semplificazione delle regole processuali di volta in volta applicabili, riducendone le incertezze interpretative che molto nuocciono alla celerità delle procedure concorsuali ».

⁽¹⁸⁾ La definizione è di H. GOMART, *Les opérations financières dans le roman réaliste (Lectures de Balzac et de Zola)*, Paris, 2004, *passim*, in specie p. 7.

⁽¹⁹⁾ Come nota, infatti, GROSSI, *L'Europa del diritto*, cit., p. 151 e ss., a proposito del *Code civil*, nei decenni successivi alla codificazione l'economia francese « felicemente sposandosi a un progresso tecnico notevolissimo si fa più dinamica » al punto che negli anni trenta « il libro scritto sulla pietra era superato da un divenire rapidissimo ».

⁽²⁰⁾ La definizione è di C. JOURNES, *Le droit, charpente de la « Comédie humaine »*, in « *Revue d'histoire moderne et contemporaine* », 30 (1983), p. 542 e ss. Per

ben si comprende anche come nulla dell'esperienza giuridica possa restarvi estraneo ⁽²¹⁾, e così allora il motivo per cui uno spazio estremamente rilevante assumano il fenomeno della insolvenza e l'analisi delle procedure per affrontarla.

Nell'ambito dell'affresco della società del tempo tracciato nella *Commedia Umana*, tre mi sembrano, allora, i romanzi su cui, con riferimento al tema cui sono dedicate queste pagine, merita fermare l'attenzione. Accanto ovviamente al *César Birotteau* — pubblicato nel 1837 e appartenente alla serie delle *Scene di vita parigina* dei già rammentati *Étude de Mœurs* — in cui le vicende che conducono all'insolvenza e al fallimento del protagonista sono davvero il cuore della storia, e dove anche la loro disciplina è analizzata con una sensibilità non comune per un narratore ⁽²²⁾, particolarmente signi-

un tentativo di più ampio sviluppo di questa impostazione cfr. anche B. LICHTENTHÄLER, *Balzac als Jurist (Das Recht — Strukturelement der Comédie humaine)*, Bonn, 1988, *passim*. In termini analoghi, nella letteratura italiana, si veda A. MAZZACANE, *Diritto e romanzo nel secolo della borghesia*. Le Colonel Chabert di Honoré de Balzac, in « Giornale di storia costituzionale », 2014, p. 187 e ss., in specie p. 194, secondo il quale « gli ingranaggi sociali, dei quali l'ordinamento giuridico è un motore essenziale, che triturano le esistenze più appartate, scandendone la quotidianità, divennero sempre più la materia della sua narrativa. I crimini della vita privata, le truffe perpetrate, sotto l'ordine apparente del diritto, da 'filibustieri in guanti gialli', le insidie e le trappole di cui sono costellate le relazioni sociali, trovano il loro coronamento nell'opera dei legali, gli strateghi delle battaglie che si combattono sul terreno giuridico tra pescecani spietati e vittime inermi. Sono loro gli agenti sovrani dei drammi oscuri della società, che Balzac pone in luce, puntando i riflettori sulla signoria universale dell'interesse e del malaffare, le storture dei codici, la corruzione degli uomini di legge ».

⁽²¹⁾ In questo senso LICHTENTHÄLER, *Balzac als Jurist*, cit., p. 16, che sottolinea come « in einer Zeit des sozialen Wandels [...] stellt das Recht nicht nur den ordnenden Rahmen für das Zusammenleben dar, es schafft auch die Bedingungen für wirtschaftliche Betätigung und garantiert dem Individuum einem neuen, eigenverantwortlichen Bereich ». Per una lettura simile cfr. anche A.A. CERVATI, *Persone, credenze, "valori" della borghesia nell'opera di Balzac*, in « Diritto pubblico », 2014, p. 723 e ss.

⁽²²⁾ Il che spiega l'attenzione di cui ha tradizionalmente formato oggetto da parte dei giuristi: cfr., in particolare, Y. GUYON, *Une faillite au début du XIX^e siècle selon le roman de Balzac "César Birotteau"*, in *Études offertes à Alfred Jauffret*, Aix-en-Provence, 1974, p. 377 e ss.; C. CIANCIO, *Dalla fiducia nei mercanti alla fiducia nei mercati. Leggi e giustizia commerciale nel César Birotteau di Balzac*, in *Diritto di parola. Saggi di diritto e letteratura*, a cura di F. Casucci, Napoli, 2010, p. 113 e ss.; E. GICQUIAUD, *Le droit de la faillite*, in *Balzac, Romancier du droit*, a cura di N. Dissaux, Paris, 2012, p. 195 e ss.; ZACKS, *A Response to Epstein*, cit., in specie p. 290 e ss.

ficativi, specie nell'ottica di un discorso che ambisce a essere attento a una prospettiva evolutiva del diritto della crisi di impresa, sono anche due tra i più celebri romanzi, e che sono da ascrivere, per diffuso consenso della stessa critica letteraria, tra i suoi capolavori: *Eugénie Grandet*, dato alle stampe nel 1833, e *Illusions Perdues*, pubblicato, invece, tra il 1837 e il 1844 ⁽²³⁾, entrambi appartenenti al gruppo delle *Scene della vita di provincia*. E infatti, se nel primo, è sempre il dramma di un fallimento, quello dello zio di *Eugénie*, che pur restando apparentemente sullo sfondo della vicenda finirà per determinare le scelte e le condotte di molti dei personaggi ⁽²⁴⁾ — da *Papà Grandet*, al cugino *Charles*, per arrivare alla stessa protagonista — nel secondo, e poi segnatamente nella terza parte intitolata *Le sofferenze dell'inventore*, sarà ancora l'insolvenza, derivante dall'incapacità di onorare dei debiti cambiari, a segnare il destino della tipografia di *David Sechard*, e che lo costringerà a liquidare l'impresa, in particolare cedendo ai propri concorrenti, i fratelli *Cointet*,

⁽²³⁾ Nella forma in cui oggi lo conosciamo, il romanzo apparirà soltanto nel 1844; esso è in realtà l'esito della riunione di tre distinti romanzi; il primo (corrispondente alla parte ora nota come *I due poeti*) pubblicato nel 1837 con il titolo che oggi dà nome, invece, all'intera trilogia; il secondo, *Un grande uomo di provincia a Parigi* (titolo identico a quello che contraddistingue, nella versione definitiva, la seconda parte), edito nel 1839; il terzo, con il titolo *Eva e David*, e che corrisponde alla terza parte successivamente intitolata *Le sofferenze dell'inventore*, pubblicato nel 1844. Per maggiori indicazioni sulla storia del testo cfr. l'apparato critico alla versione pubblicata nell'edizione completa della *Comédie humaine*, cit., 1977, V, p. 1119 e ss.

⁽²⁴⁾ L'affermazione che il fallimento di *Guillaume Grandet* sarebbe marginale nell'economia dell'opera si legge in R. GUISE, *Introduction a César Birotteau*, nell'edizione critica della *Comédie humaine*, cit., 1977, VI, p. 10. In realtà l'osservazione non mi sembra centrata, soprattutto da un punto di vista letterario: è, invece, proprio il fallimento di *Guillaume* che è la causa di tutti gli eventi che segnano lo sviluppo del romanzo. È, infatti, per tenerlo lontano da Parigi al momento in cui si toglierà la vita, che *Guillaume* sollecita *Charles* a fare visita a *Saumur* allo zio, determinando così l'occasione dell'incontro con *Eugénie*; del pari è con il richiamo alla necessità di cercare di fare fortuna all'estero, anche per guadagnare quanto occorre per ripagare i creditori paterni, che *Charles* sarà convinto dallo zio a lasciare *Saumur*; è sempre a causa del fallimento dello zio che *Eugénie* si risolverà a donare al cugino il suo 'tesoro', formato da monete d'oro di ogni genere regalatele negli anni dal padre; e sarà proprio questo gesto che determinerà lo scoppio della crisi familiare, che porterà poi alla morte della sig.ra *Grandet* e a incrinare definitivamente i rapporti di *Eugénie* con suo padre.

i diritti di sfruttamento del processo, a lungo faticosamente inseguito, per la realizzazione di carta a basso costo.

Nel loro insieme, ancorché ciascuno sotto angolazioni diverse, i tre romanzi mettono, infatti, in luce molti dei problemi fondamentali che il fenomeno dell'insolvenza propone, e con cui deve necessariamente confrontarsi, ancora oggi, il legislatore che si accinge a dettare le regole con cui affrontarla e gestirla.

3. Eugénie Grandet e l'onta del fallimento.

Il primo profilo che l'opera di Balzac pone con chiarezza in rilievo è rappresentato dall'accentuato discredito che nella coscienza sociale accompagna l'imprenditore insolvente costretto a dichiarare fallimento.

Si tratta di un aspetto che era all'epoca, per vero, assai diffuso — e che anzi attraversa, potremmo dire trasversalmente, la letteratura di tutto il secolo ⁽²⁵⁾ — che è certo il riflesso di una convinzione risalente, espressa dall'antico brocardo *decoctor ergo fraudator*, che vede l'insolvenza come una vicenda frutto di comportamenti disonesti, se non addirittura truffaldini, a danno dei creditori dell'impresa ⁽²⁶⁾, e che si riflette del resto nel particolare rigore sanzionatorio che ebbe a caratterizzare le discipline che, a partire dall'età comunale, con il fiorire della mercatura vennero predisposte per

⁽²⁵⁾ L'idea è ancora, ad esempio vividamente espressa agli inizi del secolo scorso da Thomas Mann ne *I Buddenbrook. Decadenza di una famiglia* (Berlino, 1901, e che si cita nella traduzione di Anita Rho, edita da Einaudi, Torino, 1992, p. 195), nel descrivere la reazione di *Antoine*, "Tony", *Buddenbrook*, quando apprende dal padre che suo marito *Grünlich* è oramai destinato al fallimento: « Solo in quel momento aveva afferrato tutto ciò che la parola 'bancarotta' implicava, il senso vago e terribile che sin dall'infanzia le aveva ispirato. 'Bancarotta' [...] era una cosa più atroce della morte, era disordine, crollo, rovina, scandalo, disperazione, miseria ».

⁽²⁶⁾ Emblematiche in questo senso le parole di Baldo degli Ubaldi che osservava che « a stare a quel che solitamente accade, i falliti son degl'ingannatori e dei truffatori; e si può presumere che in ogni caso ricorra quel che quasi sempre accade; né possono pretendere d'essere scusati per via d'un imprevisto colpo di sfortuna ». Sul punto per più ampi riferimenti cfr. U. SANTARELLI, *Per una storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'età intermedia*, Padova, 1964, *passim*, in specie p. 84 e ss.; ID., *Fallimento (storia del)*, in *Digesto Disc. priv. — Sez. comm.*, V, Torino, 1990, p. 366, in specie 368.

farvi fronte (27). Una convinzione che per quanto progressivamente nel tempo affievolitasi (28) non può dirsi mai del tutto scomparsa (29), se ancora oggi, per un verso, nella proposta di direttiva di armonizzazione della disciplina europea dell'insolvenza una delle principali preoccupazioni è creare le condizioni per consentire al fallito di godere di una seconda opportunità, dovendosi « evitare che

(27) Per un'informazione di sintesi cfr. C. PECORELLA, U. GUALAZZINI, *Fallimento (premessa storica)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XVI, Milano, 1967, p. 220 e ss.; ma sul tema si vedano, ancora di recente, G.B. PORTALE, *Dalla "Pietra del vituperio" al bail in*, in « Riv. dir. comm. », 2017, I, p. 21 e ss.; G. NUZZO, *Il debito e la storia: dalla colpa alla fisiologia dell'insolvenza*, ivi, 2017, p. 89 e ss.

(28) Del resto, come notano PECORELLA, GUALAZZINI, *Fallimento*, cit., p. 223, è tutta la storia del fallimento che può dirsi caratterizzata dalla « alternanza di durezza e mitezze », in quanto connotata dallo « scontro » tra l'interesse dei mercanti — con linguaggio contemporaneo diremmo del ceto imprenditoriale — ad attenuare il rigore della procedura, in quanto ciò che interessa loro è ottenere il più rapido soddisfacimento del proprio credito, e l'interesse della comunità nel suo complesso alla tutela dell'ordine economico, che spiega, invece, perché il legislatore tendenzialmente operi affinché *ne maleficia remaneant impunita*.

(29) Interessante è, ad esempio, in questo senso, notare come persino uno dei massimi esponenti dell'illuminismo italiano, Pietro Verri, nelle sue *Considerazioni sul commercio dello Stato di Milano* del 1763 (e che si cita da *Edizione nazionale delle opere di Pietro Verri*, II, *Scritti di economia e finanza*, a cura di A. Moioli, G. Tonelli, G. Bogneri, P. Porta, Roma, 2006) sottolineasse l'esigenza di tornare ad un inasprimento del trattamento da riservare al fallito, lamentando che « un delitto, che per natura e per legge originaria era saggiamente riguardato come pubblico, si convertì in una semplice azione privata » e che la legislazione più recente abbia sottratto « il delinquente ai colpi della azione fiscale per la pubblica vendetta e lo consegnò in mano di chi ha il massimo interesse di salvarlo e di chi per sentimento d'umanità e per principio fondamentale di religione non può usare altrimenti. Ragion vorrebbe che il Principe fosse sordo anche alle istanze favorevoli de' creditori medesimi, poiché non del loro solo risarcimento si tratta, ma di quello della Nazione che essi soli non possono rappresentare ». Sulla non univocità delle posizioni espresse sul tema dagli esponenti del pensiero illuministico, e poi in particolare per la contrapposizione tra le posizioni di Verri e quelle di Beccaria — quest'ultimo sostenitore, invece, nell'ambito della repressione penale del fenomeno, delle necessità di distinguere più nettamente tra 'fallito innocente' e 'fallito doloso' — cfr. A. SCIUMÈ, *Ricerche sul fallimento nel diritto moderno (Il momento settecentesco)*, Milano, 1985, p. 97 e ss., in specie p. 139 e ss.; L. MOSCATI, *Aspetti e problemi del fallimento tra antico regime e codificazioni commerciali*, in *La giurisdizione fallimentare: modelli dottrinali e prassi locali tra basso medioevo ed età moderna (Atti del convegno Ravenna 18-19 novembre 2010)*, a cura di A. Annichini Legnani, N. Sarti, Bologna, 2011, p. 79 e ss., in specie p. 84.

gli imprenditori e i dirigenti dell'impresa siano stigmatizzati se i loro sforzi imprenditoriali onesti non hanno avuto successo »⁽³⁰⁾, e se, per altro verso, nell'ambito del processo di riforma interno al nostro ordinamento, e che si dovrebbe concludere con l'approvazione del progettato *Codice della crisi di impresa*, una delle linee guida è addirittura l'abbandono « sul piano definitorio della parola « fallimento » (e di quella da esse derivate) per evitare quell'aurea di negatività e di discredito che a quella parola storicamente si accompagna: negatività e discredito non necessariamente giustificati dal mero fatto che un'attività di impresa, cui sempre inerisce un corrispondente rischio, abbia avuto un esito sfortunato »⁽³¹⁾.

L'idea del discredito e del disonore correlato alla dichiarazione di fallimento è espressa in maniera particolarmente efficace proprio in *Eugénie Grandet*⁽³²⁾, dove essa torna a più riprese — e in sapiente e raffinato gioco di simmetrie — sempre, di volta in volta, affidata alle parole di una lettera.

Essa emerge, infatti, innanzitutto, nella bellissima, toccante lettera che *Guillaume Grandet* — commerciante di vino a Parigi, trascinato nell'insolvenza da eventi indipendenti dalla sua volontà: la bancarotta del proprio agente di cambio e la fuga, dopo che ha sperperato il denaro affidatogli dai propri clienti, del notaio *Roguin*⁽³³⁾ — scrive al fratello, il padre di *Eugénie*, in cui gli comunica

⁽³⁰⁾ Così si esprime la Relazione illustrativa della proposta di direttiva, elaborata dalla Commissione UE « riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, la seconda opportunità e misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza e liberazione dai debiti », del 22 novembre 2016. Per una prima analisi dei problemi affrontati dalla proposta cfr. L. STANGHELLINI, *La proposta di direttiva UE in materia di insolvenza*, in « Fallimento », 2017, p. 873.

⁽³¹⁾ Così, invece, la Relazione di accompagnamento allo schema di legge delega per la riforma della crisi di impresa, predisposto dalla c.d. Commissione Rordorf, poi tradottosi nella l. 19 ottobre 2017, n. 155.

⁽³²⁾ Romanzo le cui citazioni sono tratte dalla traduzione italiana di Giancarlo Buzzi, apparsa nella versione, non integrale, de *La Commedia Umana*, edita da Mondadori nella collana *I meridiani*, volume I, tomo I, Milano, 1994, p. 743 e ss.

⁽³³⁾ Le vicende che conducono al fallimento di *Guillaume Grandet* — e segnatamente la fuga del notaio *Roguin*, che ha sperperato i capitali affidatigli dai clienti a causa della passione per una *cocotte* dell'alta società, nota con il soprannome de *la Bella olandese* — sono, almeno in parte, le stesse che condurranno al dissesto di *César Birotteau* nel romanzo omonimo. Ritroviamo, dunque, qui un piccolo esempio di quella

la sua decisione di togliersi la vita, in quanto incapace appunto di « sopravvivere alla vergogna del fallimento »⁽³⁴⁾. Una lettera struggente, venata dal rimorso verso il figlio *Charles* — perché egli sa che, una volta che sarà dichiarato il fallimento, « a Parigi si dirà che Grandet era un mascalzone », e dunque di essere destinato « *con tutta la mia onestà* » a finire « *in un sudario di infamia* » e che macchiandolo « rubo a mio figlio il suo nome »⁽³⁵⁾ — e le cui ultime parole rimandano alla necessità, prima di compiere il gesto estremo, di « redigere il mio bilancio » al fine di cercare di dimostrare « che i miei affari si sono svolti all'insegna della buona fede, e che nel mio disastro non ci sono né colpa né disonestà »⁽³⁶⁾, nella speranza che questo possa essere l'ultimo modo ancora di occuparsi del bene del figlio.

Ma il tema ritorna anche, chiarissimo, nel finale del romanzo, quando *Eugénie* — pur oramai disillusa da quella che Balzac non esiterà a chiamare « la corruzione del mondo », avendole il fatuo cugino *Charles* freddamente comunicato che si propone di sposare, per mera convenienza, la giovane, ricca (ma poi, beffardamente scoprirà, non quanto *Eugénie*) *mademoiselle d'Aubrion* — alla notizia che il matrimonio è in dubbio, perché il marchese non intendeva concederle la mano al figlio di un bancarottiere, deciderà, nonostante tutto, di pagare integralmente i debiti dello zio; una decisione che essa comunicherà, appunto per lettera, al cugino, spiegandogli di aver ritenuto che « forse il figlio di un fallito non avrebbe potuto sposare *mademoiselle d'Aubrion* », sicché per consentirgli di essere « felice secondo le convenzioni sociali alle quali

tecnica dell'intreccio tra le diverse storie, e che consiste, in particolare, nel far ricomparire nei suoi romanzi gli stessi personaggi, che tanto affascinò Proust (cfr. *Contro Sainte-Beuve*, che si può leggere nella traduzione italiana di Paolo Serini e Mariolina Bongiovanni Bertini, Torino, 1991, p. 74), e che così significativamente influenzerà l'autore della *Recherche*. Per l'influenza di Balzac sull'opera proustiana cfr. M. BONGIOVANNI BERTINI, *Proust e la teoria del romanzo*, Torino, 1996, in specie p. 150 e ss.; sulla tecnica del ritorno dei personaggi e sul suo significato nella prospettiva complessiva della *Comédie* cfr. M. LABOURET, *À propos des personnages reparaisants. Constitution du personnage et « sens de la mémoire »*, in « L'Année balzacienne », 2005, p. 125 e ss.

⁽³⁴⁾ *Eugénie Grandet*, cit., p. 784.

⁽³⁵⁾ *Ibidem*.

⁽³⁶⁾ *Ivi*, p. 786.

sacrificate i nostri primi amori » altro modo non vi era che « offrirvi l'onore di vostro padre » (37).

Se, dunque, attraverso *Eugénie Grandet* Balzac ci restituisce molto bene la diffusa connotazione negativa che nella coscienza collettiva è associata all'insolvenza e al fallimento, egli tuttavia non manca di avvertirci della sua ingiustizia, e in definitiva di come essa sia frutto della incapacità, anche del legislatore, di indagare sulle (e di discernere tra le) cause di un dissesto. Significativo è, in proposito, il commento del narratore a margine del dialogo tra *Eugénie* e suo padre, ed in cui questi, rispondendo alla domanda della figlia su cosa significhi fare fallimento, afferma che « fallire è commettere l'azione più disonorevole fra quelle che possono disonorare l'uomo [...] è un furto che purtroppo la legge protegge » (38) e che « il bandito da strada è meglio del bancarottiere »; Balzac non esita, infatti, a definire « tendenziosa » la spiegazione che il padre fornì alla povera *Eugénie*, che « onesta quanto è delicato un fiore di bosco, non conosceva le massime del mondo, i suoi capziosi ragionamenti e i suoi sofismi », e dunque non poteva sapere « che c'è differenza tra fallimento involontario e fallimento doloso » (39).

Da questo punto di vista Balzac esprime, dunque, una sensibilità più avanzata di quella almeno in larga misura ancora diffusa nel suo tempo, e più in linea, invece, con quella su cui oggi si insiste nei progetti di riforma della disciplina dell'insolvenza di cui si è fatto cenno. Già qui si scorge, pertanto, seppure ancora in controluce, la sua critica agli approcci legislativi dell'epoca, che avevano trovato espressione proprio nel rinnovato rigore sanzionatorio della disciplina del fenomeno dell'insolvenza, fortemente voluta da Napoleone (40), soprattutto per

(37) Ivi, p. 931 e s.

(38) Nelle parole che fa pronunciare a *papà Grandet*, e segnatamente nell'accostamento tra fallimento e furto, Balzac ricorre, dunque, a un *topos* delle trattazioni in materia: per una ricostruzione dello stato della questione alla vigilia della riforma del *Code de Commerce* cfr. MOSCATI, *Aspetti e problemi del fallimento*, cit., p. 87 e ss.

(39) *Eugénie Grandet*, cit., p. 819.

(40) Sul ruolo svolto da Napoleone, vuoi in termini di iniziativa che di indirizzo e controllo, in occasione della promulgazione del *Code* cfr. A. PADOA SCHIOPPA, *Napoleone e il « Code de Commerce »*, già in *Studi in onore di Cesare Grassetti*, Milano, 1982, II, p. 1325 e ss., e ora in ID., *Saggi di storia del diritto commerciale*, San Donato Milanese, 1992, p. 89 e ss. (da cui si cita). L'attenzione dell'Imperatore per il problema del

contrastare i fallimenti troppo facili ⁽⁴¹⁾, e dalla accentuazione di una connotazione spiccatamente autoritativa del fallimento imposta dal *Code de Commerce* del 1807 ⁽⁴²⁾. Quella critica che troverà poi il suo più compiuto sviluppo nel *César Birotteau*.

4. *Alla radice dei problemi dell'insolvenza e dei limiti delle discipline autoritative: ascesa e caduta di César Birotteau.*

La storia della grandezza e della decadenza di César Birotteau,

fallimento, e per la necessità di rinforzarne l'apparato sanzionatorio anche di carattere penale — fu Napoleone, infatti, a insistere per l'introduzione della misura dell'*arresto interinale* del fallito di cui all'art. 455 — è attestata nelle fonti dell'epoca (cfr. i verbali delle sedute del Consiglio di Stato raccolti da J.G. LOCRÉ, *La Législation civile, commerciale et criminelle de la France*, Paris, 1827-1833, XVII, p. 5 e ss.). A muovere Napoleone erano certamente considerazioni di indole generale, di politica economica potrebbe dirsi, quale la necessità di assicurare l'ordinato svolgimento del commercio, minacciato dalla facilità con cui i commercianti erano in grado di sottrarsi alle procedure giudiziarie in caso di insolvenza; ma forse non erano neppure estranee motivazioni di natura, per così dire, più personale, ossia la convinzione che la frequenza con cui i commercianti dichiaravano fallimento fosse una delle ragioni che determinavano le difficoltà di assicurare una efficace logistica delle proprie campagne militari (così N. PRAQUIN, *Les faillites au XIX^e siècle. Le droit, le chiffre et les pratiques comptables*, in « *Revue française de gestion* », 2008, p. 360 e ss., in specie p. 361, testo e nota 3). La sua grande attenzione al problema è, in ogni caso, testimoniata dal fatto che sebbene abbia partecipato solo a quattro delle sessantuno sedute del Consiglio di Stato dedicate al *Codice di Commercio* (contro le cinquantacinque su centosette dedicate al *Code Civil*: sul punto sempre PADOA SCHIOPPA, *Napoleone e il « Code de Commerce »*, cit., p. 107), ben tre erano dedicate alla disciplina del fallimento.

⁽⁴¹⁾ Un accenno al problema si ritrova, del resto, anche in Balzac: in *Le Père Goriot* (1834), infatti, *Delphine de Nucingen* così descrive al padre le ardite speculazioni del marito: « compra a suo nome terreni fabbricabili, e poi vi fa costruire delle case da dei prestanome. Costoro concludono i contratti per le costruzioni con imprenditori, pagando con effetti a lunga scadenza, e per un piccolo compenso rilasciano quietanza a mio marito, che, a questo punto, diventa proprietario delle case, mentre *quelli se la cavano con gli imprenditori truffati facendo fallimento* » (così *Papà Goriot* nella traduzione italiana di Giancarlo Buzzi, in *La Commedia Umana*, cit., I, p. 677).

⁽⁴²⁾ Come osserva MOSCATI, *Aspetti e problemi del fallimento*, cit., p. 100, rispetto all'*Ordonnance* di Colbert — in cui il fallimento era trattato più dal punto di vista della tutela del creditore — nel *Code* l'attenzione è, infatti, massimamente a un'esigenza di tutela dell'interesse pubblico, dove allora la tutela del creditore assume un rilievo solo strumentale, come semplice mezzo attraverso cui realizzare il fine di « ristabilire la fiducia pubblica e salvaguardare l'economia nazionale ».

profumiere, cavaliere della Legion d'onore e vicesindaco del secondo *Arrondissement* — così recita il titolo originale ⁽⁴³⁾ — è certamente una delle più affascinanti per chi intenda indagare attraverso la lente dell'opera balzachiana i problemi che sono sottesi al sistema del *droit des affaires*, per dirla con la locuzione francese.

Attraverso il romanzo, che persino gli stessi studiosi balzachiani non esitano a qualificare come autentico « *roman commercial* » ⁽⁴⁴⁾, Balzac ci offre una rappresentazione non solo vivissima, ma di eccezionale profondità della realtà economica del suo tempo ⁽⁴⁵⁾. Egli ci mostra, infatti, la progressiva trasformazione del commercio e la sua evoluzione verso le forme della grande distribu-

⁽⁴³⁾ Il romanzo, come detto, pubblicato nel gennaio del 1838 (ma la storia è ambientata vent'anni prima, nel 1818, nel pieno della Restaurazione) si può leggere anche nella traduzione italiana di Francesca Spinelli, edita nel 2006 da Mondadori per la serie degli *Oscar*, da cui saranno tratte le citazioni che si faranno più avanti nel testo.

⁽⁴⁴⁾ La definizione si legge in D. DUPUIS, « *César Birotteau* »: *de la publicité à la littérature*, in « L'Année balzacienne », 2008, p. 283 e ss., che osserva come attraverso le sue pagine il lettore « découvre l'image attachante d'un Paris qui n'est plus tout à fait celui de l'Ancien Régime » e come con in questo romanzo Balzac « ose le premier poser l'argent comme ressort d'une œuvre littéraire » e « désigne le rôle que cet argent est désormais destiné à occuper dans la société moderne ».

⁽⁴⁵⁾ Secondo SCHRÖDER, *Politische Geldkritik in der französischen Literatur*, cit., p. 96, *César Birotteau* metterebbe in scena, nell'ambito dell'affresco balzachiano, la potenza del denaro nella vita economica della città, in contrapposizione con il motivo della sua sterile accumulazione, rappresentato in *Gobseck* (1830/1835), e con il motivo, sviluppato invece in *Eugénie Grandet*, del collegamento tra ricchezza e proprietà terriera nella società di provincia. Nei termini radicali in cui è proposta, l'interpretazione non mi sembra, però, del tutto convincente. Non lo è con riferimento a *Gobseck* (che qui si cita nella traduzione di Maurizio Ferrara edita da Passigli, Bagno a Ripoli, 2016): la tesi in esame assegna, infatti, un'enfasi eccessiva alla scena finale, e segnatamente alla descrizione che *Derville*, voce narrante del romanzo, ci offre del 'tesoro' del vecchio usuraio quando, alla sua morte, procede all'ispezione delle stanze nel palazzo di *Rue de Grès*, ma trascura di considerare — come con grande finezza ha osservato, invece, già Marx (*Il capitale*, che si può leggere nella traduzione di Ruth Mayer, Roma, 1965, II, p. 301) — che il processo di accumulazione improduttiva della ricchezza da parte del protagonista avviene, tuttavia, quando egli oramai è già svanito di mente. Ma il rilievo non è del tutto centrato neppure con riferimento a *Eugénie Grandet*: in questo caso mi sembra che vengano sottovalutati i molteplici riferimenti agli investimenti e alle speculazioni compiuti da *papà Grandet*, ed in particolare quella sui titoli di stato — realizzata con capitali tratti, a loro volta, dalla speculazione sul prezzo dell'oro venduto a rialzo sulla piazza di Angers — che gli fruttò due milioni e quattrocentomila franchi (p. 876). Episodi come questi mi pare confermino, in definitiva, come in tutti i romanzi della *Comédie humaine*

zione ⁽⁴⁶⁾, le prime affermazioni delle tecniche della comunicazione pubblicitaria ⁽⁴⁷⁾, la crescita della città ⁽⁴⁸⁾ e la conseguente espan-

al centro sia sempre la *naturale fecondità del denaro*: al riguardo non mi sembra essere anzi, un caso, che, per un verso, proprio in *Gobseck* (p. 73), Balzac faccia osservare al narratore che per il vecchio usuraio « *il denaro è una merce* che, con la coscienza a posto, può essere venduta, a caro prezzo o a buon mercato a seconda dei casi » — così riprendendo le concezioni degli utilitaristi inglesi e poi, quasi letteralmente, l'osservazione di Turgot nelle *Réflexions sur la formation et distribution des richesses* (1769), il cui pensiero tanta parte ebbe sulla codificazione (e si veda, sul tema, U. PETRONIO, *Il denaro è una merce. Il prestito a interesse tra fisiocrazia e codificazione*, in « Riv. dir. comm. », 2001, I, p. 55 e ss., in specie p. 78) — e che, per altro verso, in *Eugénie Grandet*, nel dialogo tra papà *Grandet*, il notaio *Cruchot* e il presidente *de Bofons* intorno alle strategie con cui gestire i rapporti con i creditori di *Guillaume*, appaia l'espresso riferimento a Jeremy Bentham e al suo *Defence of usury* del 1787, opera che ha sgombrato definitivamente il campo dal *tabù* del prestito a interesse.

⁽⁴⁶⁾ Si veda, ad esempio, la vivida rappresentazione del *Petit Matelot*, al *quai d'Anjou*, il primo grande magazzino di Parigi, « il negozio di novità » — dove *César* incontra *Constance*, la sua futura moglie — « il primo dei tanti che hanno aperti da allora, con più o meno insegne dipinte, banderuole ondegianti, scaffalature piene di scialli disposti ad altalena, cravatte sistemate come castelli di carte, e mille altre seduzioni commerciali: prezzi fissi, strisce, illusioni e effetti ottici, portati a un tale grado di perfezione, tali da far diventare i negozi delle poesie commerciali » (*César Birotteau*, cit., p. 35 e s.). Sul ruolo centrale che nella narrativa balzachiana assumono le descrizioni dei luoghi cfr. AUERBACH, *Mimesis*, cit., p. 243, che osserva come in Balzac « ogni spazio si tramuti in un'atmosfera morale e sensibile di cui si imbevono [...] i comportamenti, l'agire, il sentire e la sorte degli uomini ».

⁽⁴⁷⁾ Si veda, ad esempio, l'attenzione che Balzac dedica — nel secondo capitolo, in cui si sofferma sugli antefatti della storia, descrivendo l'ascesa di *César* — ai volantini pubblicitari « chiamati, forse ingiustamente, ciarlataneria » (*César Birotteau*, cit., p. 43) che il protagonista utilizzò per lanciare i suoi prodotti di profumeria, o ancora allo spazio dedicato, nel capitolo sesto (*César Birotteau*, cit., p. 168), alla pubblicità dell'*Olio cefalico*, il prodotto che *Anselme Popinot*, fidanzato della figlia di *César*, si accinge a lanciare sul mercato. Per un approfondimento di questi aspetti cfr. DUPUIS, « *César Birotteau* »: *de la publicité*, cit., *passim*.

⁽⁴⁸⁾ Una città che ne *La ragazza dagli occhi d'oro* (1835 e che si può leggere nella traduzione di Attilio Bertolucci, in *La Commedia Umana*, cit., I, tomo 2, p. 1477 e ss.) egli rappresenterà facendo ricorso alla metafora dell'*'inferno'*, e segnatamente descrivendola come « un vasto campo sconvolto senza tregua da una tempesta di interessi », e dove gli uomini sono mossi all'azione da due soli principi l'*avidità* e il *piacere*. Sul rapporto, spesso ambivalente, tra Balzac e Parigi cfr. la recentissima indagine di E. HAZAN, *Balzac, Paris*, Paris, 2018, p. 11 e ss.

sione, anche con iniziative speculative, del mercato immobiliare ⁽⁴⁹⁾, la progressiva importanza per lo sviluppo dell'attività di impresa dell'accesso al credito, che non è più solo affidato, come nella tradizione del vecchio diritto mercantile ⁽⁵⁰⁾, alla circolazione delle cambiali ⁽⁵¹⁾, ma che si realizza sempre più spesso anche attraverso il ricorso all'intermediazione di imprese specializzate, con l'importanza sempre crescente assunta della *grande banca* ⁽⁵²⁾. Il tema centrale cui si rivolge l'attenzione del narratore, tra i tanti che sono di interesse per lo studioso del diritto commerciale, è, tuttavia, proprio quello dell'insolvenza e del fallimento. Vicende che sono

⁽⁴⁹⁾ Si tratta della speculazione immobiliare sui terreni del quartiere de *La Madeleine* — che sarà una delle concause del fallimento di Birotteau — iniziata con il decreto imperiale del 2 dicembre 1806, con cui Napoleone scelse la zona per erigervi il monumento dedicato alla Grande Armata. Per un'ampia riflessione sulla speculazione immobiliare nell'opera balzacchiana cfr. L. RIHOUEY, *La spéculation foncière*, in *Balzac, Romancier du droit*, a cura di Dissaux, cit., p. 327 e ss.

⁽⁵⁰⁾ Cfr. T. ASCARELLI, *Sviluppo storico del diritto commerciale e significato dell'unificazione*, già in « Rivista italiana per le scienze giuridiche », 1952-1953, p. 36 e ss., ora in ID., *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1955, p. 7 e ss., in specie p. 12; B. LIBONATI, *La categoria del diritto commerciale*, già in « Riv. soc. », 2002, I, p. 29 e ss., ora anche in ID., *Scritti giuridici*, II, Milano, 2013, p. 967 e ss.

⁽⁵¹⁾ Chiarissimo è, ad esempio, sotto quest'aspetto, il quadro tratteggiato da Balzac del significato che assume, sotto il profilo del merito di credito, la presenza o meno della clausola senza garanzia (e sul tema sia permesso rinviare a G. GUIZZI, *Divagazioni sui titoli di credito tra law and humanities*, in *Liber amicorum per i novant'anni di Pietro Rescigno*, a cura di F. Astone, A. Barba, A. Barengi, F. Caggia, D. Carusi, A. Zoppini, Napoli, 2017, II, p. 975 e ss., ma anche in « Riv. dir. comm. », 2017, II, p. 511 e ss.). Per una più ampia analisi del fenomeno della circolazione della cambiale nel *César Birotteau*, e per il suo significato quale principale « véhicule de l'argent » si veda l'approfondita, e finissima, analisi di GOMART, *Les opérations financières dans le roman réaliste*, cit., p. 42 e ss., in specie p. 55 e ss.

⁽⁵²⁾ Così significativamente il titolo del capitolo dieci. Il tema verrà poi ripreso e sviluppato in *La Banca Nucingen*, anch'esso del 1837, a riprova dello stretto collegamento dei due romanzi; anzi è lo stesso Balzac a definire, nella prefazione del *César Birotteau*, le due storie come 'gemelle' (cfr. l'introduzione al volume nell'edizione critica della *Comédie humaine*, cit., p. 35). Per un'indagine sul senso di quest'affermazione, e più precisamente sulle ragioni per cui i due romanzi possono essere considerati come due facce di una stessa medaglia, che descriverebbero rispettivamente « la face propre de l'économie, le commerce », il primo, e « la face impropre de l'économie, la banque », il secondo, cfr. F. SPANDRI, *Du malaise existentiel à la panacée économique: Stendhal, Balzac, l'impropre, l'argent*, in « Romantisme », 2013, p. 99 e ss., in specie p. 108.

scrutate a fondo, non solo nella loro fenomenologia, ma anche nei loro assetti normativi ⁽⁵³⁾.

Come già era accaduto in *Eugénie Grandet*, anche qui viene posto in luce, innanzitutto, come l'insolvenza sia una vicenda che non necessariamente ha a che fare con condotte disoneste nello svolgimento dell'attività di impresa. Anzi, al riguardo appare assai significativo che le ragioni del fallimento non sono neppure propriamente dovute ad un andamento negativo dell'attività commerciale, ma dipendono da *fattori esogeni*. *César* fallisce, infatti, non solo e non tanto perché perde, sia pure a causa della fuga del notaio *Roguin*, a cui erano stati affidati ⁽⁵⁴⁾, i fondi da investire nella speculazione immobiliare, e dunque, diremmo — se volessimo usare la terminologia della nostra legge fallimentare del 1942, ed in particolare dell'art. 217, primo comma, in tema di bancarotta semplice (ma che poi coincide con quella dell'art. 586 *Code de Com-*

⁽⁵³⁾ La genesi del *César Birotteau* fu particolarmente lunga e articolata, le prime notizie certe dell'intenzione di lavorare alla storia del profumiere datandosi nell'autunno del 1833 (si veda in questo senso l'apparato critico a proposito della *Histoire du texte*, della già rammentata edizione della *Bibliothèque de la Pléiade*, cit., p. 1119 e ss.). Balzac scrive, dunque, nella vigenza delle norme sul fallimento come tracciate nel libro III del *Code*, nella sua versione originaria. La pubblicazione del romanzo, che sarà stampato nel dicembre del 1837, e commercializzato agli inizi dell'anno successivo, precede, dunque, di pochi mesi la promulgazione della novella del 28 maggio 1838, che — rispondendo a molte critiche sul carattere accentuatamente affittivo della procedura — cercherà di alleggerirne gli aspetti di maggiore rigore, pur mantenendo ferma l'idea di favorire il carattere autoritativo della liquidazione del patrimonio del fallito (e in questo senso non dando, invece, risposta ai problemi sollevati, come si illustrerà tra poco nel testo, proprio da Balzac). Per una primissima ricostruzione sui maggiori elementi di discontinuità introdotti dalla novella del 1838, rispetto all'impianto originario si veda PRAQUIN, *Les faillites au XIX^e siècle*, cit., p. 363 e s.

⁽⁵⁴⁾ Come nota GOMART, *Les opérations financières dans le roman réaliste*, cit., p. 43, all'epoca della Restaurazione, in un realtà che ancora non conosce il conto corrente bancario come strumento diffuso per la gestione della liquidità, e poi soprattutto non prevede un sistema di garanzia dei depositi, frequente era il ricorso all'affidamento delle proprie disponibilità presso un notaio. Il notaio assicurava, così, nella sostanza, un servizio di tesoreria in concorrenza appunto con le banche, e dove la garanzia per i depositanti consisteva, essenzialmente, nella « *notabilité du notaire e dans le caractère public de sa charge* ». Per un approfondimento sulla figura del notaio nella *Comédie humaine*, e per il ruolo spesso centrale che la loro funzione assume nell'intreccio di molti romanzi, cfr. A. PEYEL, *Balzac, juriste romantique*, Paris, 1950, in particolare p. 137 e ss.; LICHTENTHÄLER, *Balzac als Jurist*, cit., p. 101 e ss.

merce del tempo di Balzac) — in quanto ha consumato una notevole parte del suo patrimonio in operazioni manifestamente imprudenti, ma anche, e anzi soprattutto, come sottolinea impietosamente *Pille-rault*, lo zio di *Constance*, nella drammatica giornata della dichiarazione di fallimento ⁽⁵⁵⁾, perché non è stato capace di adempiere i debiti e onorare le cambiali sottoscritte per ampliare il proprio appartamento e per far fronte alle spese del sontuoso ballo organizzato per festeggiare il conferimento della Legion d'onore. In una parola fallisce perché — sempre secondo la formula dell'art. 217, primo comma, l. fall. (e dell'art. 586 *Code de Commerce*) — ha fatto spese personali manifestamente eccessive ⁽⁵⁶⁾.

La vicenda narrataci da Balzac rivela, dunque, con chiarezza come la crisi possa colpire anche un'impresa ancora sostanzialmente sana e che allora l'insolvenza, intesa come complessiva disfunzione dell'attività solutoria ⁽⁵⁷⁾, può essere determinata da un *deficit* dell'organizzazione — il problema di *César* è, in definitiva, se ci volessimo esprimere in termini moderni, di *non aver adottato degli assetti organizzativi adeguati*, e poi in particolare quello che permette di *realizzare la separazione* tra debiti personali e debiti ricollegati all'attività imprenditoriale ⁽⁵⁸⁾ — e, soprattutto, si risolve essenzialmente in una situazione di illiquidità, più che di incapienza patrimoniale.

⁽⁵⁵⁾ «Ora immagina che i vostri centomila franchi depositati presso *Roguin* fossero stati consegnati; in tal caso non li avreste più di quanto non li abbiate oggi. Poi ci sono i centoquarantamila franchi sottoscritti in favore di *Claparon*, che avreste comunque dovuto pagare. *Quindi non è la bancarotta di Roguin che vi manda in rovina*» (*César Birotteau*, cit., p. 308).

⁽⁵⁶⁾ '*Dépenses excessives*' — ossia proprio la locuzione che ritroviamo nell'art. 586 del *Code de commerce* — è del resto, significativamente, il titolo scelto da Balzac per il capitolo quarto della prima edizione, pubblicata nel 1838. Per la storia del testo, sempre molto travagliata per tutte le opere di Balzac, si veda ancora l'apparato critico del romanzo (in specie p. 1130).

⁽⁵⁷⁾ Utilizzo l'espressione di G. FERRI jr, *Il presupposto oggettivo del fallimento*, in «Riv. dir. comm.», 2010, I, p. 765 e ss.

⁽⁵⁸⁾ Il rilievo è sempre di FERRI jr, *Il presupposto oggettivo*, cit., p. 778, che osserva come il fatto che «l'imprenditore possa risultare insolvente pur a fronte di un'impresa in sé florida» non smentisca l'idea che l'insolvenza è espressiva di una crisi dell'impresa, giacché in questi casi «è alla disfunzione organizzativa che deve ricollegarsi l'insolvenza, non anche alle vicende personali dell'imprenditore in quanto tali».

Dei due aspetti, se il primo non è ancora forse del tutto avvertito dall'artista — sicché potrebbe dirsi, appunto proustianamente, che è il lettore-giurista contemporaneo che ha la capacità di estrarlo — il secondo è percepito, invece, in maniera chiarissima da Balzac, tanto che l'idea che l'insolvenza dell'impresa sia determinata dall'assenza di liquidità può dirsi costituire quasi il filo conduttore del romanzo ⁽⁵⁹⁾. Non è un caso, del resto, che il precipitare della crisi sia legato, nello sviluppo della storia, proprio all'impossibilità che il protagonista incontra nel finanziare la propria attività, vuoi nella forma del rinnovo delle scadenze degli effetti cambiari emessi ⁽⁶⁰⁾, vuoi in quella dell'accesso al credito bancario ⁽⁶¹⁾.

⁽⁵⁹⁾ Per l'osservazione che *César Birotteau* è innanzitutto « le roman du manque, de l'argent inaccessible, de son impossible circulation privée et institutionnelle » cfr. GOMART, *Les opérations financières dans le roman réaliste*, cit., p. 29.

⁽⁶⁰⁾ Osserva, con grande finezza, ancora GOMART, *Les opérations financières dans le roman réaliste*, cit., p. 54, che l'uso da parte di Balzac del verbo « rinnovare » in forma intransitiva — « Prova a rinnovare » è il suggerimento di *Constance*, all'inizio del capitolo dodicesimo (*César Birotteau*, cit., p. 282); « Vorrei poter rinnovare... », è la richiesta del protagonista a Claparon (ivi, p. 287) — al pari dell'uso del sostantivo « rinnovo » in forma assoluta, serve anche a enfatizzare, sotto il profilo propriamente espressivo e letterario, il senso di *impasse*, di stasi, e dunque di crisi, la cui gravità è del resto già implicita nell'uso ripetuto di « effet » alla stregua di vocabolo generico per designare ogni posizione debitoria di breve termine.

⁽⁶¹⁾ Sotto questo profilo il romanzo costituisce, anzi, una ferma denuncia — la notazione è sempre di GOMART, *Les opérations financières dans le roman réaliste*, cit., p. 62 — del sistema bancario nell'età della restaurazione, che viene rappresentato come espressione di un potere prevaricatore e che ha finito per tradire la sua missione — quella di favorire lo sviluppo del tessuto produttivo, per privilegiare una funzione meramente speculativa. L'esempio più chiaro si rinviene nella nota riflessione del protagonista nel dialogo con il banchiere *Adolphe Keller* nel capitolo decimo: « Birotteau, esasperato, avrebbe voluto dire qualcosa sull'avidità della grande banca, sulla sua durezza, sulla sua falsa filantropia; ma fu colto da un dolore così acuto, che a mala pena riuscì a balbettare qualche frase [...] — Ho sempre pensato, disse Birotteau, che la banca tradisse la sua missione quando, nel presentare i risultati dei suoi conti, si compiace di non aver perduto che cento o duecentomila franchi con il commercio parigino, che pure, invece, dovrebbe favorire » (*César Birotteau*, cit., p. 252 e s.). Ma la critica ritorna anche più avanti, nella riflessione di *Pillerault*, dopo l'infruttuoso tentativo di estinguere le cambiali emesse da *César* con quelle emesse da *Popinot*: « Ricorda bene questa breve seduta, Anselme! Hai appena visto la Banca senza la maschera delle sue belle apparenze. I fatti imprevisi sono la vite del torchio, noi siamo l'uva e i banchieri le botti » (ivi, p. 312).

Ma tale aspetto trova, ad ogni modo, la sua più compiuta e precisa rappresentazione nel dialogo del capitolo tredicesimo — significativamente intitolato « *la dichiarazione di fallimento* »⁽⁶²⁾ — che si svolge tra l'avvocato *Derville* (63) e *Constance* alla presenza di un *César* oramai sopraffatto dagli eventi e incapace di prendere una decisione: « Signora — disse con il mostruoso sangue freddo della gente di affari — bisogna dichiarare fallimento. *Anche se domani doveste riuscire a pagare con qualche stratagemma, vi restano ancora almeno trecentomila franchi da pagare prima di poter contrarre prestiti sui vostri terreni. A fronte di un passivo di cinquecentocinquantamila franchi avete un attivo molto apprezzabile, molto produttivo, ma che non è realizzabile* »⁽⁶⁴⁾.

La spiegazione della nozione di insolvenza non potrebbe essere più precisa, ed è molto più chiara di quanto potrebbe leggersi in qualsiasi manuale, anche contemporaneo, di diritto fallimentare. Anzi, ancora una volta Balzac ci mostra la capacità della grande letteratura di attingere alla vera essenza delle cose, perché offre una rappresentazione che va, a ben vedere, persino di là della stessa, contingente, nozione che del presupposto del fallimento aveva il *Code de Commerce* nel suo testo originario, l'art. 440 ponendo l'obbligo della richiesta del proprio fallimento in presenza di una

(62) Letteralmente '*Le Dépôt du bilan*', nell'originale francese; ma il deposito del bilancio era, allora come oggi, appunto l'adempimento formale necessariamente correlato alla presentazione dell'istanza per la dichiarazione di fallimento.

(63) Anche *Derville* è uno dei personaggi ricorrenti nella *Comédie humaine*. Avvocato, tra gli altri, di *Gobsek*, di *papà Goriot* e del *Colonnello Chabert* nei romanzi omonimi, incarna l'aspetto migliore della professione forense, rappresentando l'archetipo di « ideal lawyer » in contrapposizione con la figura di *Petit-Claud* in *Illusioni Perdute*, che costituisce, invece, « the epitome of the worst of the legal profession » (le definizioni sono entrambe di KORNSTEIN, *He Knew More*, cit., rispettivamente pp. 38 e 43). Sull'ampio ruolo giocato dagli avvocati negli intrecci dell'opera balzachiana, che ci offre così uno spaccato multiforme dell'esercizio dell'attività professionale e delle questioni deontologiche ad essa sottesa, cfr. già J.M. GEST, *The Law and Lawyers of Honoré de Balzac*, in « University of Pennsylvania Law Review », 60 (1911), p. 59 e ss.; PEYTEL, *Balzac*, cit., p. 119 e ss.; T.E. CARBONNEAU, *Balzacian Legality*, in « Rutgers Law Review », 32 (1979), p. 719 e ss.; più di recente si veda anche S. CHATRY, *Les avoués*, in *Balzac, Romancier du droit*, a cura di Dissaux, cit., p. 103 e ss.

(64) *César Birotteau*, cit., p. 300.

oggettiva situazione di « *cessazione dei pagamenti* »⁽⁶⁵⁾, aprendosi, invece, a quella concezione di insolvenza da leggere anche in chiave prospettica, appunto intesa — come si esprime l'art. 5 della nostra legge fallimentare — in termini di incapacità di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni⁽⁶⁶⁾.

Ma non è solo per il contributo che ci offre per una migliore comprensione dei problemi dell'insolvenza e delle loro possibili cause che il romanzo di Balzac non può essere ignorato dal giurista che si occupa della crisi di impresa. Esso coglie, infatti, con sconvolgente lucidità i moltissimi profili critici che caratterizzano le discipline storicamente pensate dal legislatore per affrontarla, e in particolare le inadeguatezze di una disciplina di marcata connotazione autoritativa quale il fallimento nella sua versione canonica.

L'idea che l'eccesso di rigore sanzionatorio finisca per produrre un effetto inverso a quello auspicato è un aspetto che emerge con grande precisione, a più riprese, attraverso tutto il romanzo, e non solo nella digressione del capitolo quattordicesimo sulla « *storia generale dei fallimenti* »⁽⁶⁷⁾. Particolarmente significative sono, sotto

⁽⁶⁵⁾ Senza che allora potesse rilevare la distinzione sulle 'cause' del mancato pagamento, e, pertanto senza possibilità di considerare ostativi all'apertura della procedura gli accordi con una parte dei creditori, che avessero eventualmente consentito alla loro temporanea sospensione: per un approfondimento sul tema, e poi in particolare sulle conclusioni adottate dalla Cassazione all'indomani della promulgazione del *Code*, cfr. R. VOLANTE, *Autonomia contrattuale e fallimento tra fondazioni medievali, diritto comune e codici*, in *Autonomia negoziale e crisi di impresa*, a cura di F. Di Marzio e F. Macario, Milano, 2010, p. 125 e ss., in specie p. 152 e s.

⁽⁶⁶⁾ Sul tema della nozione di insolvenza, anche con attenzione al dato della evoluzione storica e del significato del passaggio da un sistema, di matrice napoleonica, fondato sul presupposto della cessazione dei pagamenti, a quello, in cui non è estranea l'influenza tedesca, basato sulla nozione di insolvenza, cfr. G. TERRANOVA, *Insolvenza, stato di crisi, sovraindebitamento*, Torino, 2013, in specie p. 27 e ss.

⁽⁶⁷⁾ « Il pensiero dei falliti » — nota, infatti, il narratore — « come quello di chiunque veda i propri interessi ostacolati da una legge, è di annullarla per quanto li riguarda » (*César Birotteau*, cit., p. 331). In questa digressione Balzac riflette in maniera assai precisa quello che — all'epoca della stesura del romanzo — era il dibattito che si svolgeva durante i lavori preparatori che condussero all'approvazione della legge 25 maggio 1838 che novellò ampiamente le disposizioni del libro III del *Code de commerce*. Assai interessante è, da tale punto di vista, la sostanziale coincidenza tra le considerazioni del narratore e le osservazioni del deputato *Quénault*, in occasione della seduta del 17 marzo 1838 della Commissione incaricata dell'esame del nuovo progetto di legge, il

questo profilo, le parole pronunciate da *Messier Ragon*, l'originario titolare della *Reine de la Rose*, il negozio dove *César* in gioventù fu commesso e che poi rilevò dal suo principale. Il vecchio profumiere ammoniva, infatti, il protagonista — che, in una sorta di tragico contrappasso per quello che sarebbe stato alla fine il suo destino, non dissimulava il proprio disprezzo verso i falliti — ad avere un atteggiamento più misurato, giacché « se il fallito è una persona corretta e si riprende vi pagherà; se rimane senza risorse ed è in balia della sfortuna perché tormentarlo? Se è un furfante non avrete mai comunque nulla da lui » (68).

Sotto questo profilo Balzac fa, dunque, non solo proprie le perplessità che già erano emerse nell'ambito delle sedute del Consiglio di Stato in occasione della predisposizione del *Code de commerce* (69) e che venivano espresse anche da un parte, seppure minoritaria, degli interpreti nei primi anni successivi alla sua promulgazione (70), ma sembra, anzi, persino intuire la necessità di creare un contesto, come quello — oggi ben noto all'ordinamento francese e verso cui tenderebbe a indirizzarsi anche il nostro legislatore nel nuovo *Codice della crisi* —, delle procedure di allerta e prevenzione, che permettano all'imprenditore in crisi di « *mantenersi operativo* » per ripagare i creditori.

Ma non meno fine è l'intuizione che traspare dalle pagine del romanzo sul perché si assista — in passato come oggi — al tentativo di privilegiare, da parte dell'imprenditore insolvente, una soluzione

quale osservava come, anziché scoraggiare le frodi, la paura di essere arrestato e di subire l'umiliazione del fallimento spingesse il debitore a occultare le sue difficoltà e a consumare le sue ultime risorse, prolungando così uno stato di agonia in pregiudizio dei creditori (cfr. sul punto PEYTEL, *Balzac*, cit., p. 277 e ss.; F. MAZZARELLA, *Fallimento, autonomia contrattuale, impresa: itinerari e figure fra Otto e Novecento*, in *Autonomia negoziale*, a cura di Di Marzio e Macario, cit., p. 160 e ss., in specie p. 172).

(68) *César Birotteau*, cit., p. 63.

(69) Si vedano in questo senso le forti critiche all'inasprimento del trattamento sanzionatorio espresse sia da Cambacérès sia, soprattutto, da Crétet, il quale riteneva che l'eccesso di rigore della procedura avrebbe in realtà indotto il commerciante insolvente a realizzare anticipatamente il suo attivo e a sparire: sul punto cfr. PADDOA SCHIOPPA, *Napoleone e il « Code de Commerce »*, cit., p. 93.

(70) Sulle posizioni espresse dalla dottrina negli anni successivi alla promulgazione del codice, e segnatamente nell'arco del trentennio che precedette la novella del 1838, cfr. VOLANTE, *Autonomia contrattuale e fallimento*, cit., p. 154 e s.

negoziale con i propri creditori, anziché accedere allo strumento delle liquidazioni giudiziali sotto l'egida del tribunale. In questo senso, già molti secoli prima delle riflessioni dei teorici della *law and economics* e dei loro sostenitori ⁽⁷¹⁾, Balzac aveva ben chiaro perché « *i grossi negozianti non dichiarano più fallimento* » ma « *preferiscono liquidare in via amichevole* » ⁽⁷²⁾: in questo modo, si evita, infatti, non solo « *il disonore* », ma anche e soprattutto « *i termini giudiziari, gli onorari dei patrocinatori, la svalutazione della merce* », e giacché « *tutti ritengono che con il fallimento si otterrebbe meno della liquidazione*, a Parigi ci sono più liquidazioni che fallimenti » ⁽⁷³⁾. Sotto questo profilo la vicenda di *Birotteau* che riuscirà — grazie alla cessione di tutti i suoi beni ai creditori ⁽⁷⁴⁾ — a ripagarli in una misura superiore al sessanta per cento rappresenta, dunque, un'eccezione, come apprendiamo dalle parole di *Camusot*, il « *juge-commissaire* » della procedura: « Tutti ...sono colpiti dalla situa-

⁽⁷¹⁾ Cfr. L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, Bologna, 2007, *passim*, che rappresenta senz'altro la migliore trattazione illustrativa di tale tipologia di approccio.

⁽⁷²⁾ Il riferimento di Balzac è, qui, alla prassi degli *accordi notarili*, che nell'*Ancien régime* rappresentavano il modo privilegiato di gestione dell'insolvenza (per prime informazioni sul tema cfr. COQUERY, *Les faillites boutiquières sous l'Ancien Régime*, cit., p. 344 e ss.): una descrizione molto efficace delle modalità di svolgimento di siffatti procedimenti stragiudiziali la ritroviamo, sempre da parte di Balzac, in *Eugénie Grandet*, cit., p. 873, a proposito delle iniziative assunte a Parigi dal banchiere *des Grassins*, d'intesa con *papà Grandet*, per definire i rapporti con i creditori di *Guillaume*, attraverso appunto la '*liquidazione amichevole*'.

⁽⁷³⁾ *César Birotteau*, cit., p. 340.

⁽⁷⁴⁾ Sebbene Balzac parli espressamente di un concordato, il procedimento descritto nel romanzo e attraverso cui *César* soddisferà i suoi creditori — « *Moyennant l'abandon des vos valeurs, dit Camusot à Birotteau, vos créanciers vous font à l'unanimité, remise du restant de leurs créance* » (così si legge nell'edizione critica al testo pubblicata da Gallimard, cit., p. 286; l'enfasi è mia) — sembra essere più simile alla « *cession judiciaire de biens* », di cui agli artt. 566 del *Code de commerce*. La caratteristica essenziale di tale istituto era rappresentata, infatti, per un verso, appunto dall'abbandono, da parte del fallito, di tutti i suoi beni a favore dei creditori (e del resto il vero e proprio « *concordat par abandon* » sarà introdotto solo nel 1856, al fine di tenere luogo dell'istituto in esame, abolito dalla novella del 1838), e, per altro verso, dal fatto che, a differenza del concordato, ai fini della produzione degli effetti liberatori nei confronti di questi ultimi si richiedeva, trattandosi di una fattispecie puramente contrattuale, il consenso di tutti i creditori (cfr. sul tema MAZZARELLA, *Fallimento, autonomia contrattuale, impresa*, cit., p. 168 e s.).

zione, ma non sono sorpresi dal vostro coraggio, e tutti hanno reso giustizia alla vostra rettitudine. Nella vostra disgrazia siete stato degno, come quando eravate qui. Sono vent'anni che mi occupo di affari commerciali, ed è la seconda volta che vedo un commerciante fallire e seguitare a godere della stima generale» (75).

Ancora una volta, a riprova della forza universale della letteratura, con tali notazioni Balzac sembra essere non solo in anticipo sul suo tempo, ma persino più avanti dello stesso nostro legislatore della riforma, che nella predisposizione del progetto di *codice della crisi di impresa* se per un verso, attraverso la disciplina degli strumenti di prevenzione e allerta, vorrebbe far emergere anticipatamente la crisi, per salvaguardare l'impresa come organismo produttivo e ridurre gli approdi alle procedure di insolvenza, ove tale esito si riveli inevitabile appare, tuttavia, per altro verso, riaccentuare, in controtendenza con il più recente passato, la centralità delle procedure di liquidazione giudiziale del patrimonio dell'imprenditore insolvente — emblematico, sotto questo profilo, ad esempio, il neppure troppo nascosto ostracismo manifestato per i concordati liquidatori — e così ignorare il monito balzachiano, che del resto l'esperienza anche quotidiana conferma, di come ogni liquidazione giudiziale finisca per deprimere le condizioni di soddisfacimento dei creditori, riducendo ai minimi termini il valore degli attivi realizzabili.

5. *Illusioni Perdute: le soluzioni negoziali delle crisi, e i loro limiti.*

Se le procedure autoritative di liquidazione giudiziale, specie ove caratterizzate da un eccesso di rigore sanzionatorio, appaiono inefficienti, pure le soluzioni negoziate stragiudizialmente non sono tuttavia sempre immuni da inconvenienti. Anche di essi Balzac ci offre alcune incisive rappresentazioni, sia in *Eugénie Grandet* sia in *Illusions Perdues*, seppure di segno tra loro opposto.

Nel primo romanzo egli ci trasmette con molta efficacia l'immagine delle difficoltà che inevitabilmente si presentano nelle negoziazioni dell'accordo per i creditori, là dove essi costituiscano una

(75) *César Birotteau*, cit., p. 351.

classe di soggetti non solo quantitativamente numerosa, ma che vantano interessi tra loro eterogenei ⁽⁷⁶⁾. Un'eterogeneità che rende laborioso, allungandone i tempi, il processo di raggiungimento di una soluzione che possa essere di adeguata soddisfazione per ciascuno di essi, e che allora può essere sfruttato persino a suo vantaggio dall'imprenditore insolvente in danno dei creditori, ove questi — come appunto commenta Balzac a proposito della strategia messa a punto da *papà Grandet*, per gestire i rapporti con i creditori del fratello ⁽⁷⁷⁾ — sappia muoversi con scaltrezza, approfittando delle divisioni interne al ceto creditorio.

In *Illusioni perdute* emerge, al contrario, il problema opposto, ossia il rischio che i creditori, ove siano un gruppo omogeneo e coeso, possano alla fine approfittare della situazione di debolezza in cui versa il debitore insolvente, appropriandosi dei valori dell'impresa senza un'adeguata contropartita. Da questo punto di vista la vicenda rappresentata nella terza parte del romanzo mi sembra estremamente significativa.

Come già accennato, il tipografo *David Sechard*, incapace di onorare le cambiali emesse a sua firma, viene sottoposto alla misura

⁽⁷⁶⁾ E i cui comportamenti, oltretutto, non sempre sono mossi da un'autentica razionalità. Al riguardo non può non notarsi come la descrizione balzachiana degli elementi che influenzano le decisioni dei creditori nelle negoziazioni sembra addirittura anticipare le intuizioni degli studi di psicologia cognitiva e dell'economia comportamentale applicate al diritto, sfatando il mito del soggetto razionale (per un inquadramento generale del tema cfr. C. BONA, R. RUMIATI, *Psicologia cognitiva per il diritto. Ricordare, pensare e decidere nell'esperienza forense*, Bologna, 2013, *passim*; *Oltre il soggetto razionale. Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato*, a cura di G. Rojas Elguetas e N. Vardi, Roma, 2014, *passim*). Osserva, infatti, Balzac che « Il creditore si comporta in genere *in maniera maniacale*. Oggi è pronto a transigere, domani vuole mettere tutto a ferro e a fuoco, il giorno dopo ancora diventa arrendevole. Oggi sua moglie è di buon umore, il figlioletto ha messo un dentino, tutto fila liscio in casa e lui non vuole rimetterci un soldo. Il giorno dopo piove, lui non può uscire di casa, è triste, dice di sì a qualsiasi cosa può concludere la faccenda. Il giorno dopo pretende garanzie. Alla fine del mese vuole fare gli atti esecutivi [...] *Grandet* aveva osservato queste variazioni atmosferiche dei creditori e quelli del fratello si comportarono esattamente a quel modo » (*Eugénie Grandet*, cit., p. 874).

⁽⁷⁷⁾ « Aveva ordito una trama per burlarsi dei parigini, per impastarli e spianarli come farina, per farli andare e venire, per farli sudare, sperare, sbiancare in viso: per divertirsi alle loro spalle. Il suo obiettivo era salvare l'onore del fratello morto senza che ciò costasse un soldo al nipote e a lui » (*Eugénie Grandet*, cit., p. 874).

dell'arresto per debiti ⁽⁷⁸⁾, e per evitare la dichiarazione di fallimento sarà costretto a raggiungere un accordo con i creditori, i fratelli *Cointet*, che hanno rilevato le cambiali e che sono anche i suoi concorrenti in *Angoulême*; per realizzare la liquidità necessaria a estinguere l'esposizione debitoria la soluzione sarà, dunque, per un verso, quella di vendere la tipografia a un suo ex dipendente, e, per altro verso, di cedere il suo *asset* principale — il brevetto per un'invenzione di procedimento avente ad oggetto la produzione a basso costo di carta di alta qualità — ad uno dei due fratelli, « *Cointet il lungo* », ricevendo in corrispettivo una partecipazione del 30% agli utili per il suo sfruttamento, ma a cui, nel giro di un anno, sarà poi costretto a rinunciare, dietro liquidazione di una somma forfettaria, per transigere una lite creata ad arte dai suoi soci che gli contestavano la scadente qualità della carta realizzata ⁽⁷⁹⁾. L'esito sarà — come ci informa Balzac nell'ultima pagina del romanzo — che « *la scoperta di David è entrata oramai nella produzione come il cibo in un grande corpo* » e attraverso di essa « *la Francia può fabbricare la carta a un prezzo inferiore che in qualsiasi altro paese*

(78) Balzac descrive, dunque, un caso di applicazione della misura dell'arresto (*contrainte par corps*) al sottoscrittore inadempiente di cambiali che aveva formato oggetto di accessissima discussione nel corso dei lavori preparatori del *Code de commerce*, in particolare sotto il profilo della necessità o meno di limitarla solo quando le stesse fossero state sottoscritte « *sous la lois du commerce* », senza applicarla dunque ai casi in cui i « *billets à ordre* » fossero sottoscritti da soggetti diversi da commercianti: questione risolta nel senso più restrittivo, anche grazie all'intervento decisivo di Napoleone (sul punto cfr. PADOA SCHIOPPA, *Napoleone e il « Code de Commerce »*, cit., p. 98 e ss.).

(79) Tra i *Leit Motiv* sottesi a larga parte dell'opera balzachiana è la cattiva amministrazione della giustizia. La denuncia dei guasti causati, soprattutto, della lunghezza dei processi — « *i rinvii sono i cavalli di Frisia della giustizia* », osserva con discanto *Derville* in *César Birotteau*, cit., p. 233 — emerge con particolare forza nel finale di *Illusioni Perdute*, quando *Petit-Claud* — seppure in maniera 'interessata', perché in realtà sodale dei fratelli *Cointet* — spinge *Eve* e *David* a giungere alla transazione, osservando: « *Potreste certo vincere il processo. Ma volete ritrovarvi ancora in tribunale fra dieci anni? Si faranno mille perizie, e arbitrati e dovrete subire le eventualità dei pareri più contraddittori [...] un cattivo accomodamento vale più di un buon processo* » (*Illusioni Perdute*, che si cita dalla traduzione italiana di Daniela Selvatico Estense e Gabriella Mezzanotte, pubblicata nella già rammentata edizione, non integrale, della *Commedia Umana*, edita per *I Meridiani*, II, Milano, 2005, p. 801).

d'Europa », avendo reso così *Cointet il lungo* « ricco di svariati milioni » (80).

Pure nell'accentuazione di alcuni caratteri che sembrano attere piuttosto al terreno dell'invenzione melodrammatica che non a quelli del realismo (81), e che sono funzionali ad accrescere la *suspense* dell'intreccio (82), anche questa storia balzachiana mi sembra possa aiutare il giurista, studioso del fenomeno della crisi di impresa, a conoscere la realtà delle cose. Essa rivela, infatti, il problema con cui occorre confrontarsi quando ad esempio si discute — ed è questo un tema ai nostri giorni di grande attualità (83) — della riallocazione della proprietà di un'impresa, quale mezzo per garantire la continuazione di un'attività ancora parzialmente vitale monetizzandone, nel contempo, il valore da destinare al soddisfacimento dei creditori dell'imprenditore insolvente. Essa, in particolare, ci insegna come si debba prestare attenzione, nella regolazione delle relative procedure, siano esse negoziate o autoritative, al fine di evitare che la necessaria tutela degli interessi dei creditori, perseguita attraverso il trasferimento della proprietà dell'azienda a terzi, possa però finire per risolversi in pregiudizio dell'imprenditore stesso, mettendo capo a un'espropriazione, in tutto o in parte, del residuo

(80) *Illusioni Perdute*, cit., p. 803.

(81) Ma, com'è stato rilevato, « la vocazione del realismo balzachiano non è quella di produrre un duplicato della realtà storica che sbalordisca il lettore con la sua perfezione », essendo piuttosto « una vocazione conoscitiva »: in questo senso, allora, anche « gli eccessi descrittivi, le digressioni, le inverosimiglianze, gli sviluppi troppo sensazionali o troppo romanzeschi » ne sono componente essenziale (così BONGIOVANNI BERTINI, *Introduzione a Illusioni perdute*, cit. p. 64 e s.), appunto perché « il metodo balzachiano quanto più vicino porta alla realtà obiettiva tanto più si allontana dalla diretta descrizione spicciola della stessa » (così LUKÁCS, *Balzac: Les Illusions Perdues*, cit., p. 81).

(82) Così, ad esempio, la circostanza che la firma di *David* sulle cambiali insolute fosse in realtà stata falsificata dal suo amico, e suo cognato, *Lucien*; o che *David* non abbia eccepito la falsità della firma per senso dell'onore e per non mettere in difficoltà *Lucien*; o ancora che le somme necessarie per pagare i debiti, inviate da *Lucien*, arriveranno appena un'ora più tardi della firma del contratto di cessione dell'invenzione ai fratelli *Cointet*.

(83) Si pensi al dibattito, interno ed internazionale, sul ruolo e sui diritti dei soci nell'ambito delle procedure di ristrutturazione delle società in crisi: sul tema si veda G. FERRI jr, *La struttura finanziaria della società in crisi*, in « RdS », 2012, I, p. 477 e ss.

valore economico che essa eventualmente sia ancora capace di esprimere, oltre ciò che è strettamente necessario per soddisfare i suoi creditori.

6. *Conclusione.*

Alla fine di questa, inevitabilmente veloce, riflessione sulle pagine più significative dedicate nella *Comédie humaine* all'insolvenza e al fallimento, confido che possa risultare ancora più chiaramente perché sia non solo utile ma necessario allo studioso — ed anzi ad ogni « *operatore del giuridico* »⁽⁸⁴⁾, giudice, notaio, avvocato o qualunque altra professione egli eserciti — continuare a confrontarsi, anche al di là di questo tema evidentemente contingente e circoscritto, con la letteratura, e poi in particolare con un narratore della cifra e dello spessore di Balzac.

Insistere su diritto e letteratura non è, dunque, solo funzionale a soddisfare un bisogno di evasione, realizzando una divagazione colta⁽⁸⁵⁾. Accanto al compimento di un simile esercizio, accanto al piacere intellettuale di leggere qualcosa che è meravigliosamente scritto e raccontato, vi è evidentemente di più: vi è la possibilità di cogliere alcuni degli aspetti cruciali della crisi della società — di quella del nostro tempo, prima ancora che degli anni della Restaurazione —, delle contraddizioni e dei conflitti che si annidano dietro lo schermo delle astratte costruzioni giuridiche, così come delle distorsioni che spesso si celano dietro le disposizioni normative e le loro interpretazioni dominanti, con la conseguente incapacità di assicurare un corretta tutela agli interessi degli individui, e delle collettività, così come di realizzare con pienezza i valori della persona⁽⁸⁶⁾.

In questo senso se — come scriveva Proust nelle pagine del

(84) Uso l'espressione di ORESTANO, *Dell'«esperienza giuridica»*, cit., p. 1174.

(85) Il rischio che gli studi di diritto e letteratura possano restare in bilico tra « la leggerezza della divagazione colta » e « la pedanteria dell'erudizione » è ben indicato da A. MAZZACANE, *Letteratura, processo e opinione pubblica (Le raccolte di cause celebri tra bel mondo, avvocati e rivoluzione)*, in « *Rechtsgeschichte* », 2003, 3, p. 70 e ss., in specie p. 76.

(86) La notazione è di CERVATI, *Persone, credenze, «valori»*, cit., p. 731.

Tempo ritrovato ricordate al principio di questo saggio — ogni lettore di un grande romanzo è sempre, in definitiva, « un lettore di se stesso », perché la parola scritta, non diversamente dalla « lente di ingrandimento come ne offriva l'ottico di *Combray* », consente di guardare in profondità in noi stessi, ecco che la lettura di capolavori come quelli del grande scrittore di *Tours* diventa un esercizio imprescindibile, anche e soprattutto per chi ambisca a migliorarsi nella propria opera e attività quotidiana di giurista. Se — come Balzac scriveva, con espressioni di un'inusitata durezza, nel prologo de *La Ragazza dagli occhi d'oro*, — nessuna « anima può rimanere grande, pura, generosa [...] in un mestiere », quale è quello del giurista inteso in tutte le sue diverse accezioni, « che costringe a sopportare il peso delle pubbliche miserie, ad analizzarle, a stimarle e a incolonnarle », il rischio da combattere è, allora, soprattutto quello, « per stanchezza », di sostituire « la parola all'idea, la frase al sentimento ». Perdendo di vista i reali problemi dell'uomo — che solo l'arte vera è in grado di portare alla luce — si rischia, infatti, non solo di non avere « un retto modo di giudicare » ma anzi, a ben vedere, di « non conservare più alcun senso del diritto » e di limitarsi, invece, soltanto « ad applicare regole », oramai vuote, « norme che falsano le specie » ⁽⁸⁷⁾.

⁽⁸⁷⁾ *La ragazza dagli occhi d'oro*, cit., p. 1486.

La dimensione giuridica

ENRIQUE ÁLVAREZ CORA

EL CONCEPTO DE LA ANALOGÍA EN LA DOCTRINA JURÍDICA MODERNA

1. Analogía o *similitudo*. — 2. La *similitudo* como *identitas*. — 3. La *similitudo* como *imitatio*. — 4. La *expressa similitudo*. — 4.1. Sustancia jurídica de la *similitudo*. — 4.2. Expresión legal de la *similitudo*. — 5. La analogía en los *iura propria* españoles.

1. *Analogía o similitudo*.

La estructura de los sistemas jurídicos modernos continuadores de los órdenes jurídicos bajomedievales suele ofrecer como solución normativa para colmar las lagunas de las fuentes jurídicas preferentes (estatutarias o legales) la supletoriedad de ciertos criterios que remiten al contenido del arbitrio judicial, en cuanto patrones de moderación o regulación de la equidad (así constituida, frente a la equidad ruda) ⁽¹⁾. Justicia y equidad regulada se corresponden de este modo con la aplicación estricta de la ley y con su flexibilización tópica ejercida por el juez por ministerio de la ley; los criterios que dotan de sustancia a la equidad colmadora de lagunas, sin embargo, adentran en la bifurcación de dos ordenamientos de diferente naturaleza: el *ius proprium*, por una parte, y el *ius commune*, por otra. En ambos casos, al intérprete jurídico se le presenta una doble incógnita: la determinación de qué técnica puede localizar una solución normativa colmadora de laguna legal o estatutaria en el *ius proprium*, en donde precisamente la laguna ha sido detectada, y la determinación de en qué medida el *ius commune*, cuando se hace valer su supletoriedad, puede integrarse en el *ius proprium* si pre-

⁽¹⁾ Acerca de la función interpretativa de la equidad y su relación con la justicia y la *ratio*, M. SBRICCOLI, *L'interpretazione dello statuto. Contributo allo studio della funzione dei giuristi nell'età comunale*, Milano, Giuffrè, 1969, pp. 90-101, 281-291, 370-375.

senta unas características no coincidentes o separadas de la tradición jurídica. Pues bien, la doctrina jurídica encuentra un instrumento técnico muy útil para despejar esta incógnita doble en la *similitudo* o analogía, un concepto utilizado tanto legislativamente en el contenido interno de las normas jurídicas (al servicio de una conexión sistémica material) cuanto judicialmente en la orientación del contacto, en caso de lagunas normativas, con la totalidad de la estructura jurídica legal o estatutaria defectuosa (*ius proprium*) y con sus complementos externos legales (*ius canonicum*) o doctrinales (*ius commune*). En efecto, la analogía permite interpretar cómo el arbitrio judicial, ante la laguna, procede a una relectura del *ius proprium* o cómo lleva a cabo la lectura armónica del *ius commune*. Y la utilidad del estudio de su concepto reside en que no solo funciona la *similitudo* cuando resulta ser el término manifiesto para plasmar esta actividad de adaptación del precepto al caso, sino incluso, de manera oculta, cuando es otra la noción explícita predilecta para expresar el rumbo de la supletoriedad.

La analogía o *similitudo* fue concebida en la doctrina jurídica del *usus modernus Pandectarum* como un concepto heterónimo (2), cuyas equivalencias acusaban un tono conceptual descriptivo de una forma intelectual significada por la aproximación de las cosas o casos objeto de asimilación. La operación intelectual de este instrumento argumentativo se expresó con diversos términos: *assimilatio*, *parificatio*, *aequiparatio* (3), *adaequatio* (4), *adaptatio* (5) o proporción (6).

(2) Con una sintética captación cabal de la homonimia analógica, e implícita de ciertos aspectos de su problemática conceptual moderna (v. gr., la relación con la interpretación extensiva), para la precisión de una función jurídica, M. ATIENZA RODRÍGUEZ, *Algunas tesis sobre la analogía en el Derecho*, en «Doxa», II (1985), pp. 223-227. M. SALGUERO SALGUERO, *Proporcionalidad y elaboración suareciana de la atribución intrínseca como fundamento filosófico de la analogía iuris y de la analogía legis*, en «Anales de la Cátedra Francisco Suárez», LI (2017), pp. 102-124, ofrece un análisis lógico de la analogía, con un examen de su secuencia histórica escolástica y posterior.

(3) N. EVERHARDO, *Loci Argumentorum Legales*, Francofvrti, Ex Officina Typographica Nicolai Bassaei, 1581, p. 108; P. FARINACII, *Praxis, et Theoricae Criminalis. Partis Tertiae, Tomus Secundus*, Lvgdvni, Sumptibus Iacobi Cardon, 1629, p. 168; T. SANCHEZ, *De sancto matrimonii sacramento disputationum. Tomus primus*, Lugduni, Sumptibus Laurentii Anisson, 1739, p. 296.

(4) M. PELAEZ A MERES, *Tractatus de majoratibus et meliorationibus Hispaniae, in duos Tomus Divisus*, Lugduni, Sumptibus Antonii Servant, 1735, I, p. 236.

No obstante esta riqueza expresiva, la *imago* de la *similitudo* se redujo en la doctrina jurídica, fundamentalmente, a tres formas, que permitirían perfilar, negativa y positivamente, su naturaleza jurídica: la *identitas*, la *imitatio* y la *expressa similitudo* (7).

La analogía, similitud o semejanza, en el *utrumque ius* del que partió tanto el *ius commune* como el *usus modernus* doctoral, tuvo una manifestación concebida frecuentemente *ad intra*. Las normas civiles recogidas en las obras que componían el *Corpus Iuris Civilis* y el *Corpus Iuris Canonici* incluían un empleo muy profuso de cláusulas de similitud: *similiter*, *ad similitudinem*, *simili modo*, *in similibus*, *consimilibus casis*... A su vez, en los *iura propria* tendrá lugar la introducción de la analogía con una manifestación *ad extra*, en calidad de fuente jurídica supletoria que podía dotar de contenido a las habituales menciones del arbitrio judicial, como criterios de equidad regulada, de sentido o razón natural, proporcionando de esta suerte un mecanismo de reinterpretación de las fuentes primordiales de cada sistema jurídico en los supuestos de duda o laguna normativa.

Tanto si la analogía figura *ad intra* cuanto si figura *ad extra*, su concepto, funcionalidad y problemática se desarrolló de una forma unívoca. La propia reflexión interpretativa de los juristas menudeó en el empleo de su formulación *ad intra* en las glosas y comentarios de leyes, como si se tratara de una película anexa, de un concepto funcional que cuajara en la reescritura interpretativa de la norma de la misma manera que podría hacerlo en un precepto o declaración normativa a propósito de una cierta institución. La supletoriedad de la analogía *ad extra* remitía precisamente a dicha renovada interpre-

(5) D. TVSCH, *Practicarvm Conclusiovm Ivris, in omni foro frequentiorvm*, Lvgdvni, Sumptib. Phil. Borde, Lavr. Arnavd, & Clavd. Rigavd, 1661, VII, p. 164: « Similitvdo est recta adaptatio, & processio de vno particulari ad aliud pro aliquo, quod sit commune vtrique », en la que se procede a una *comparatio*, *vel comprobatio* entre extremos.

(6) PROST DE ROYER, *Dictionnaire de jurisprudence et des arrêts, ou Nouvelle Édition du Dictionnaire de Brillou. Tome Quatrième*, Lyon, De l'Imprimerie d'Aimé de la Roche, Imprimeur du Gouvernement & de la Ville, 1784, IV, p. 753: « Analogie. [...] C'est le rapport, la proportion entre des choses & des objets différens ».

(7) G. BENEDICTI, *Repetitio. In Cap. Raynutius de Testamentis*, Lvgdvni, Apud Bartholomaeum Vincentium, 1575, II, 114r.

tación, al cubrir con la capa de la similitud todo el surtido de fuentes preeminentes, lo que entrañaba envolver, como proyección del conjunto, el ingente contenido de normas o elementos. Por esta razón la analogía se incardinó en los parámetros generales del sistema jurídico y fungió de criterio establecido en una determinada norma con un coincidente sentido jurídico funcional (8).

2. *La similitudo como identitas.*

La doctrina jurídica planteó la *identitas* como una disforma de la *similitudo*, derivada de la oscilación de esta última figura jurídica hacia su frontera conceptual, para sobrepasarla y hundirse en noción dispar, a la que se da alcance cuando la asimilación afecta a la naturaleza y a la esencia de las cosas (como sucede en el dogma trinitario) (9). Esta igualdad de sustancia propia de la identidad se sobrepone entonces a cualquier disimilitud exterior (10), e implica una *conformitas* de forma y efecto (11).

Al estudiar la literatura del *mos italicus*, Ennio Cortese describió la similitud como el « elemento catalizador » en un proceso de unificación que deriva técnicamente en la reducción de las especies empíricas a una sola identidad normativa, a través de la razón igual o idéntica de los casos diversos pertenecientes a una determinada categoría, o sea, un factor capaz de precipitar la *similitudo* del acto en una *identitas de iure* (12).

(8) Esta distinción (de la que no se deriva contraposición sustantiva) entre analogía normativa y analogía sistémica podría transformarse en distinción entre *analogia legis* y *analogia iuris*, de la que se ocupa, en su contraposición (simultáneo contraste respectivamente entre una categoría del *ius commune* y otra del *usus modernus Pandectarum*), A. ERRERA, *Entre analogia legis y analogia iuris: Boloña contra Orléans*, en « Revista de Derecho Privado », XXX (2016), pp. 47-51.

(9) A pesar de que, como recoge A. DE CASTEJON, *Alphabetum Juridicum, Canonicum, Civile, Theoricum, Practicum, Morale, atque Politicum*, Lugduni, Sumptibus Anisson, & Posuel, 1730, II, p. 303, « Simile non est idem ».

(10) A. BARBOSAE, *Collectanea doctorum, tam veterum quam recentiorum*, in *Jus Pontificium Universum*, Lugduni, Sumptibus Anisson & Posuel, 1716, I, p. 140; EVERHARDO, *Locí*, cit., p. 104.

(11) BENEDICTI, *Repetitio*, cit., II, 114r.

(12) E. CORTESE, *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico*, Milano, Giuffrè, 1962, I, p. 306.

En pleno *usus modernus*, según el cardenal Tuschí el motivo por el que, pese a la diferencia a priori de la similitud y la identidad, la similitud podía reputarse por identidad, residía en que existe una similitud que afecta a la esencia o sustancia mas de manera no perfecta, como sucede en la investidura u otro acto que carece de *effectus perfectionis*, tal y como existe asimismo una similitud que atesora una esencia perfecta, cuando el acto exterior significa en sí una situación verdadera (13).

3. *La similitudo como imitatio.*

La *imitatio* es trazada por los doctores modernos como una disforma de la similitud por sobredimensión de su esencia retórica. Se parte de que, en cuanto símbolo, la similitud acusa el límite de la imposibilidad de reflejar la propiedad sustancial de lo simbolizado, así como la imagen de la pintura no puede reproducir con absoluta exactitud la profundidad de la realidad (14).

Si la similitud consiste, como quería Pedro Simón Abril, en la « aplicacion de alguna cosa notoria a otra que lo es menos por cierta manera de proporcion », de modo que las cosas percibidas por los sentidos, en cuanto más notorias, serían tomadas por semejanza para las cosas del entendimiento (v. gr., el rey como pastor, la tempestad como motín), la similitud se sumerge en el campo de las metáforas, alegorías, enigmas, parábolas « y otras semejantes maneras de hablar », ante las cuales debería guardarse prudencia para no caer en errores y engaños al traer, por semejantes, cosas muy diferentes. Esta « viciosa semejanza » o « falsa semejanza » (poso de figura retórica no jurídica) de las cosas muy diferentes encarna ya la *dissimilitudo* (15).

(13) TVSCHÍ, *Practicarvm*, cit., VII, p. 164.

(14) I. GONÇALEZ DE CRITANA, *Sylva comparationvm vel similivm, per alphabetum locorum communium Praedicatoribus vtilissima ex sanctis Patribus alijsque Doctoribus decerptarum*, Vallisoleti, Excudebat Ioannes Godínez a Millis, 1608, f. 249v.

(15) P.S. ABRIL, *Primera parte de la filosofia llamada la logica, o parte racional, la qual enseña, como ha de vsar el hombre del diuino, y celestial don de la razon: assi en lo que pertenece a las ciencias, como en lo que toca a los negocios*, Alcalá de Henares, En casa de Iuan Gracian impressor de libros, 1587, ff. 44r-45v. En definitiva, el mismo espíritu

Por supuesto, la constatación de la disimilitud excluye el argumento jurídico por similitud ⁽¹⁶⁾, aunque se advierte de que esta disimilitud ha de especificarse y no basta que sea alegada genéricamente ⁽¹⁷⁾.

4. *La expresa similitudo.*

La opinión mayoritaria de los doctores modernos razonó que la forma jurídica estricta de la similitud implicaba una sustancia genuina (analogía) y una manifestación explícita (normativa o legal).

4.1. *Sustancia jurídica de la similitudo.*

La similitud excluye *in effectu* ⁽¹⁸⁾ la identidad ⁽¹⁹⁾ en la sustancia y en los términos expresos, pero la admite, sin embargo, en el sentido de una ⁽²⁰⁾ idéntica *ratio vel qualitas* ⁽²¹⁾, en cuanto factor

de riesgo de engaño guarda la reflexión de Tácito « Inter similes, quorum alter altero major esse incipit, major invidiae ratio », apuntada por CASTEJON, *Alphabetum*, cit., II, p. 303.

⁽¹⁶⁾ FARINACII, *Praxis*, cit., III/2, p. 174; PELAEZ A MERES, *Tractatus*, cit., I, p. 236; M. SALON DE PACE, *Ad leges Taurinas insignes commentarii, nunc primum in lucem editi, quorum hic codex primus est tomus, in quo quatuor insunt exactissimae relectiones*, Pinciae, Apud Franciscum Ferdinan. a Corduba Regal Typogra., 1568, f. 124r.

⁽¹⁷⁾ EVERHARDO, *Loci*, cit., pp. 104-105.

⁽¹⁸⁾ I. SESSE, *Decisionum Sacri Senatus Regii Regni Aragonvm, et Cvriae Domini Ivstitiae Aragonvm cavsarvm civilivm. Tomus Tertivs*, Caesaravgvstae, Ex Typographia Ioannis a Larvmbe, 1624, f. 116r. Según TVSCHI, *Practicarvm*, cit., VII, p. 164, « Duplex similitudo, alia in forma, alia in effectu, sed melior, & fortior est, quae in effectu ».

⁽¹⁹⁾ T. CARLEVALII, *Disputationes Juris Variae, ad Interpretationem Regiarum Legum Regni Castellae, & illis similibus, tam ex jure Neapolitano, quam ex utroque Communi Civili, & Canonico*, Lugduni, Sumptibus Anisson & Joannis Posuel, 1702, II, p. 12.

⁽²⁰⁾ No varias: FARINACII, *Praxis*, cit., III/2, p. 155.

⁽²¹⁾ EVERHARDO, *Loci*, cit., p. 104; FARINACII, *Praxis*, cit., III/2, pp. 166-167; F. FERRER & NOGVES, *Commentaria sive glossemata, ad vtiliorem quandam ex constitutionibus Principatvs Cathaloniae*, Illerdae, Apud Ludouicum Menascal, 1618, f. 183v; PELAEZ A MERES, *Tractatus*, cit., I, p. 236; J. B. VALENZUELA VELAZQUEZ, *Consilia sive Juris Responsa, omnibus utriusque jurisperitis qui in scholis, & foro Ecclesiastico, & temporalis versantur adpime utilia, & bonarum artium, politicae, & historiae studiosis non injucunda*, Coloniae Allobrogum, Sumptibus Marci-Michaelis Bousquet & Sociorum, 1727, II, p. 158. El razonamiento por similitud consiste en una transferencia de las *qualitates* de la cosa

común que permite la *recta adaptatio* de una cosa particular a otra ⁽²²⁾. Desde este punto de vista, lo que se afirma respecto de las cosas similares puede afirmarse respecto de las cosas conexas ⁽²³⁾, en un vínculo que cabe asimismo comprender como *affectio* y *amicitia* ⁽²⁴⁾. La *identitas rationis* permite la extensión de la regla *de casu ad casum*, y denota que la mención dispositiva del caso proyectable ha sido realizada a título ejemplificativo ⁽²⁵⁾.

Esta similitud o argumento jurídico *de similibus ad similia*, que responde a una *ratio identitatis* o *aequalis ratio* u *omnimoda dispositionis ratio* (pero no simplemente a una *similis ratio* ⁽²⁶⁾), opera *a pari ratione vel maiori*, pero no *a minori*, y en esta tesitura el *onus probandi* pesa sobre quien la niega ⁽²⁷⁾. En ello influye que su vehículo es legal. Ciertamente, la extensión de la ley *a paritate rationis* se admite cuando la *ratio legis vel canonis* es más amplia o general que la manifestación dispositiva, aunque también cupo interpretar, contra la idea de una (interpretación por) extensión presente en la similitud, que la ley, al comprender los casos más dudosos, aceptaba implícitamente los que menor duda suscita-

asimilada a la cosa asimiladora, según P. FARINACII, *Praxis, et Theoricae Criminalis. Pars Tertia*, Lvgdvni, Sumptibus Horatij Cardon, 1616, p. 344. Así, la absorción *sub generalitate verborum* no es suficiente cuando la *ratio es diversa*: FARINACII, *Praxis*, cit., III/2, p. 155. Cf. SBRICCOLI, *L'interpretazione*, cit., pp. 291-313; V. PIANO MORTARI, *Dogmatica e interpretazione. I giuristi medievali*, Napoli, Jovene Editore, 1976, pp. 246-247; ID., *Dialettica e giurisprudenza. Studio sui trattati di dialettica legale del sec. XVI*, in ID., *Diritto Logica Metodo nel secolo XVI*, Napoli, Jovene Editore, 1978, pp. 175-176; CORTESE, *La norma giuridica*, cit., I, pp. 302-303, 307.

⁽²²⁾ EVERHARDO, *Loci*, cit., p. 105.

⁽²³⁾ *Ibid.*, p. 104.

⁽²⁴⁾ H. GONZALEZ, *Dilucidum ac perutile glossema sev commentatio ad Regulam Octauam Cancellariae*, Romae, Sumptibus Vincentij Castellani, 1624, p. 242.

⁽²⁵⁾ FARINACII, *Praxis*, cit., III/2, p. 154.

⁽²⁶⁾ Sobre esta interpretación *propter similitudinem rationis* y no *propter identitatem rationis*, CORTESE, *La norma giuridica*, cit., I, p. 318.

⁽²⁷⁾ B. A CHASSENAEO, *Commentarii in consuetudines ducatus Burgundiae, fereque totius Galliae, multo quam antea emendatiores*, Lvgdvni, Apud Bartholomaeum Vincentium, 1574, col. 691, 1312; EVERHARDO, *Loci*, cit., pp. 104-105; FARINACII *Praxis*, cit., III/2, p. 154. Para lo que debe esta construcción al concepto lógico de *comparatio*, PIANO MORTARI, *Dialettica*, cit., pp. 178-181.

ban ⁽²⁸⁾. La doctrina jurídica chocó aquí con el problema de la relación y diferencia entre la interpretación extensiva ⁽²⁹⁾ y la interpretación analógica ⁽³⁰⁾. La interpretación analógica se antojaba un tipo de interpretación próximo a la interpretación extensiva, que ampliaba la ley a los casos en ella no contenidos, « quia omnia legibus comprehendí nequeunt, cum plura sint negotia, quam vocabula » ⁽³¹⁾. Esta naturaleza jurídica resultaba, sin embargo, discutida, puesto que, dado que en el curso de la interpretación extensiva se generaba una disposición, parecía más adecuado considerarla, a pesar de la denominación que imponían los doctores, antes que como interpretación, propiamente como una nueva ley ⁽³²⁾. Bien es

⁽²⁸⁾ A. BARBOSAE, *Praxis methodica exigendi pensiones, adversus calumniantes et differentes eas solvere. Cui accesserunt vota plurima decisiva, et consultiva canonica*, Lugduni, Sumptibus Anisson, & Posuel, 1722, p. 76.

⁽²⁹⁾ M. BONACINAE, *Operum de morali theologia, & omnibus conscientiae nodis, nunc primum in tres Tomos distributorum*, Lvgdvni, Sumptibus Clavdii Landry, 1629, II, p. 61, explica que hay dos tipos de interpretación extensiva: la interpretación extensiva *necessitatis* y la interpretación extensiva *congruitatis seu voluntatis*; mientras en la primera se produce propiamente una extensión, que afecta a cualquier tipo de ley, favorable o penal, correctiva u odiosa, en la segunda tiene lugar una restricción (por ejemplo, a favor de la interpretación benigna de la ley penal).

⁽³⁰⁾ SBRICCOLI, *L'interpretazione*, cit., pp. 218-230, aunque acepta la distinción dogmática, encuentra una « coincidenza teleologica » entre la interpretación extensiva y la interpretación analógica, hasta el punto de concluir en una « sostanziale confusione ».

⁽³¹⁾ F. VASQVII MENCHACENSIS, *De svccessionvm progressv, Tractatus secundae partis*, Francofvrti, Apud Ioannem Saurium, impensis Francisci Nicolai Rothil, 1610, p. 63.

⁽³²⁾ C. CRESPI DE VALDAURA, *Observationes illustratae decisionibus Sacri Supremi Regii Aragonum Consilii, Supremi Consilij S. Cruciatæ, & Regiae Audientiae Valentinae*, Lugduni, Sumptibus Deville & Chalmette, 1730, I, p. 7. Precisamente por esta razón, en un sistema jurídico pactista el rey no puede proceder a una interpretación extensiva de las leyes aprobadas en Cortes, sino solamente a una interpretación declarativa, y las prohibiciones establecidas por los estatutos o fueros respecto de toda interpretación afectan no a la interpretación declarativa, sino a la interpretación extensiva y aun a la restrictiva: *Ibíd.*, I, p. 9. Contra la interpretación extensiva o restrictiva de cartas o fueros, P.C. RAMIREZ, *Analyticvs Tractatus de lege regia, qva, in principes svprema & absoluta potestas translata fuit: cum quadam corporis politici ad instar phisici, capitis, & membrorum connexione*, Caesaravgvstæ, Apud Ioannem a Lanaja & Quartanet, Regni Aragonum, & Vniuersitatis Typographum, 1616, p. 151. Se trata del predominio de la interpretación declarativa (de nuevo contra la extensiva) vertido en principio *standum est chartae* que comenta SESSE, *Decisionvm*, cit., III, f. 80v.

cierto que no cayó en el rechazo el razonamiento a la inversa según el cual, si bien la *eadem ratio* revelaba una *intensio seu declaratio* más que una *extensio*, la amplitud de la *ratio legis* valía como causa en particular que permitía la interpretación (extensiva), *ad amplitudinem rationis*, del mismo modo que la diversidad de *ratio* impediría el argumento *de uno ad alterum* ⁽³³⁾.

La similitud (*subauditus intellectus*) puede ser directa o contraria. La similitud directa es la que asimila aquellas cosas que responden a una conveniencia recíproca (la coincidencia en *eadem ratio* se hace *maior*), en tanto la contraria es aquella que asimila las cosas que se contradicen ⁽³⁴⁾.

4.2. *Expresión legal de la similitudo.*

La viabilidad de la analogía requería necesariamente una manifestación legal, expresa o tácita ⁽³⁵⁾; cuestión distinta, discutida por la doctrina jurídica, era si la *ratio identitatis* en concreto debía ser expresa o no ⁽³⁶⁾. Lo cierto es que, por cuanto la sustancia analógica abarcaba materias potencialmente muy diferentes, con la exigencia de la expresión legal se consolidó una idea con origen en la circunstancia de que, al operar sobre casos graves, la similitud tenía que encontrarse amparada por la manifestación de la regla jurídica que la acogía, en una sumisión acentuada a la expresa tipicidad normativa ⁽³⁷⁾. De semejante manera, la opinión que

⁽³³⁾ FARINACII, *Praxis*, cit., III/2, p. 154.

⁽³⁴⁾ CHASSENÆO, *Commentarii*, cit., col. 691.

⁽³⁵⁾ CORTESE, *La norma giuridica*, cit., I, p. 304, n. 24: « Si sa d'altra parte che Baldo, quasi a sminuire l'apporto creativo dell'interprete, presumeva l'inserimento in ogni legge di una clausola tacita che ne permettesse l'applicazione analogica ».

⁽³⁶⁾ FARINACII, *Praxis*, cit., III/2, p. 155. Según BONACINAE, *Operum*, cit., II, p. 61, en la interpretación extensiva ha de tenerse en consideración no solo la *ratio scripta*, sino también la *ratio subintellecta & non expressa*; la interpretación no es solo *quatenus verba* o *secundum propriam interpretationem verborum*, sino *ad mentem* o *secundum latam significationem*: I. SESSE, *Decisionum Sacri Senatus Regii Regni Aragonum, et Cvriae Domini Iustitiae Aragonum causarum civilium. Tomus Primus*, Caesaravgvstae, Apud Ioan. de Larumbe, 1611, p. 453.

⁽³⁷⁾ P. DIEZ NOGVEROL, *Allegationum Iuris in quibus quamplyres quaestiones summe necessariae in supremae Hispaniarum Curiae Tribunalibus disceptatae ad praxim vsumque forensem spectantes envcleantur*, Venetiis, Apud Paulum Balleonium, 1664, p.

admitía la posibilidad de que la similitud se produzca no solo *per rationem*, sino también *per fictionem*, exigía en este último supuesto, para su mayor eficacia jurídica, el encauzamiento *a lege* y no *ab homine* ⁽³⁸⁾.

La relación entre ficción ⁽³⁹⁾ y analogía fue compleja ⁽⁴⁰⁾ pero si en algo coincidían ambos instrumentos argumentativos era, sin duda, en su encauzamiento legal ⁽⁴¹⁾. En rigor, la analogía enlaza

10. Asimismo, S. DAOYS, *Index Ivris Civilis copiosvs, non solvm ea quae in glossis, sed & textuum omnium veros sensus continens*, Lvgdvni, Cum priuilegio Christianissimi Francorum & Nauarrae Regis, 1627, « Similitvdo ».

⁽³⁸⁾ TVSCH, *Practicarvm*, cit., VII, p. 164.

⁽³⁹⁾ J. ESCRICHE, *Diccionario razonado de legislacion y jurisprudencia. Nueva edicion reformada y considerablemente aumentada... por los doctores José Vicente y Caravantes y Leon Galindo y de Vera*, Madrid, Imprenta de Eduardo Cuesta, 1874, II, p. 1037, sintetizará de modo muy completo: « FICCION. Una suposicion que hace la ley dando á una persona ó cosa una calidad que no le es natural, para establecer en su consecuencia cierta disposicion que de otro modo pareceria repugnante. La ficcion obra los mismos efectos que la verdad, y por tanto debe imitarla sin presentar cosa alguna que sea contraria á la verosimilitud y sin que se extienda á lo que por la naturaleza de las cosas es imposible: *Tantum operatur fictio in casu ficticio quantum veritas in casu vero: Fictio debet tamen porrigi ad id quod per rerum naturam non est impossibile*. Mas como las ficciones se han introducido para hacer admitir un derecho particular contra las reglas ordinarias, deben limitarse precisamente al caso que se halla expreso en la ley, sin extenderse de uno á otro, por mucha que sea la identidad de las razones; *quia quae jure singulari introducta sunt, non debent trahi ad consequentias* ». Otra glosa del concepto, quizá menos redonda, en C.-J. DE FERRIÈRE, *Dictionnaire de Droit et de Pratique*, Paris, Chez Joseph Saugrain, 1754³, p. 631.

⁽⁴⁰⁾ A. BARBOSAE, *Tractatus varii*, Lvgdvni, Sumptibus Philippi Borde, Lavrentiij Arnauv, & Clavdii Rigavd, 1651, p. 643: « Fictionem [...] Denotat etiam similitudinem, sed non per omnia »; porque se trata de extensiones *de casu ad casum*: J. CAPONI, *Disceptationum forensium, ecclesiasticarum, civilium, et moralium, pluribus in casibus Decisarum*, Lugduni, Sumpt. Joannis Antonii Huguetan, 1677, III, p. 415. I. SESSE, *Decisionvm Sacri Senatus Regii Regni Aragonvm, et Cvriae Domini Ivstitiae Aragonvm causarum civilium. Tomus Quartvs*, Ex Typographia Ioannis a Larvmbae, 1624, f. 275r, explica que la *legis fictio* es odiosa, y por ello no susceptible de extensión a los casos no previstos por la ley (« *quia vbi facta est prouisio specialis ad vnum casum, non potest adaptari ad alium* »).

⁽⁴¹⁾ BENEDICTI, *Repetitio*, cit., I, f. 39r; H. BOICH, *In quinque Decretalium libros commentaria*, Venetiis, Apud Haeredem Hieronymi Scoti, 1576, iv, pp. 23-24; CASTEJON, *Alphabetum*, cit., I, p. 292; D. CASTELLI, *Utilis et aurea glosa super leges Tauri*, Burgis, In officina eximij viri Joannis Junctae, 1527, f. 69r; P. FARINACII, *Praxis, et Theoricae Criminalis. Partis Primae Tomus Secundus*, Lvgdvni, Sumptibus Horatij Cardon, 1614, p.

extremos diferentes pero con una misma *ratio identitatis*, mientras que la ficción equipara ⁽⁴²⁾, por una causa justa ⁽⁴³⁾, *res certae*, a

162; J. GUTIERREZ, *Canonicarum Quaestionum, Utriusque Fori tam Exterioris quam Interioris Animae*, Coloniae Allobrogum, Sumptibus Perachon & Cramer, 1730, p. 148; PELAEZ A MERES, *Tractatus*, cit., I, p. 370; N. RODRIGUEZ FERROSINI, *Opera omnia canonica, civilia, et criminalia*, Coloniae Allobrogum, Sumpt. Marci-Michaelis Bousquet & Sociorum, 1741, *De Praesumptionibus*, p. 121; VALENZUELA VELAZQUEZ, *Consilia*, cit., I, pp. 13, 152, 662. Así, como explica P. PERALTA, *Commentaria in titvl. ff. de legatis*, Salmanticae, Excudebat Ioannes Maria a Terranoua, 1563, p. 329, « contra regulas [...] non cadit fictio ». CAPONI *Disceptationum*, cit., II, p. 323, limita la *fictio legis* a los casos expresos « quia est ius quoddam singulare »; también aprecia esta singularidad I. GONZALEZ FLOREZ, *Variarum Quaestionum Liber Vnus*, Bononiae, Apud Ioannem Rossium, 1571, p. 719. Sobre la problemática interpretación de la ficción *a iure*, que entraña problemas de interpretación extensiva, L. GOMES, *Regulas Cancellariae Iudiciales, quae usu quotidiano in Curia & Foro saepe uersantur*, Lvgduni, Svb Scvto Coloniensi, 1545, pp. 210-211.

⁽⁴²⁾ I.B. COSTA, *Tractatus de retrotractionibus sev de Fictione Translativa*, Venetiis, Apud Iac. Antonium Somaschum, 1606, pp. 39-41, PELAEZ A MERES, *Tractatus*, cit., I, p. 370, A. PICHARDI VINVESAE, *In Quatvor Institutionum Imperatoris Iustiniani libros vetera recens hac Nouissima Editione, cui eiusdem Iustiniani accessit contextus, in duos diuisa Tomos Renouata Commentar. Primus commentaria in tres priores Libros; Secundus Commentaria in Quartum continet*, Genevae, Sumptibus Samuelis Chouët, 1657, II, p. 218, RODRIGUEZ FERROSINI, *Opera*, cit., *De Praesumptionibus*, p. 125-126, SESSE, *Decisionum*, cit., IV, f. 275r, TVSCH, *Practicarum*, cit., III, p. 441, o J. VELA DE OREÑA, *Dissertationum juris controversi tam in Hispalensi, quam Granatensi Senatu, super materias tam ecclesiasticas quam civiles*, Coloniae Allobrogum, Sumptibus Perachon & Cramer, 1726, I, p. 60, reconoce el brocardo « idem operatur fictio in casu ficto, quod veritas in casu vero ». Y. DE BARDAXI, *Commentarii in quatvor Aragonensium fororum libros*, Caesaraugustae, Apud Laurentium Robles Regni Aragonum & Vniuersitatis Typographum, 1592, f. 45r: « Itaque licet alias non habet locum fictio in statutis, nihilominus tamen quando fit aequiparatio casus ficti, & veri »; D. FRANCO DE VILLALBA, *Fororum, atque Observantiarum Aragoniae Codex, sive ennodata methodica compilatio, iure civili, ac canonico fulcita, legibus Castellae conciliata, et omnigena eruditione contexta*, Caesar-Augustae, In Typographia Haeredum Joannis Malo, 1743, I, p. 88; I. GUILLEN A CERUANTES, *Prima Pars. Commentariorum in Leges Tauri*, Mantuecarpentanae, Excudebat Guillerms Drouy Typographus, 1594, f. 213v. A. GOMEZII, *Ad leges Tauri commentarium*, Matriti, Typis D. Gabrielis Ramirez, 1768, p. 129, comenta la tesis de atribución de las cualidades y efectos del acto verdadero al acto ficticio; por eso, de nuevo según A. GOMEZII, *Variae Resolutiones Juris Civilis, Communis, et Regii, tomis tribus distinctae*, Matriti, Typis Petri Marin, 1780, p. 44, « per fictionem non potest diversimode, per qualitates diversas, & repugnantes repraesentari ».

⁽⁴³⁾ P. BELLUGAE, *Speculum Principum in quo Vniuersa Imperatorum, Regum, Principum, Rerumpublicarum, ac Civitatum, subditorumque, Comitum, Baronum, Nobilium, ac Civium Iura, officia, dignitates ac mores, praesertim Regni Aragoniae, varie ac*

saber, un extremo verdadero con otro extremo falso ⁽⁴⁴⁾ ora *contra veritatem* ⁽⁴⁵⁾ (a diferencia de la presunción, en la que este extremo se caracteriza por la incertidumbre o la *res dubia* ⁽⁴⁶⁾) ora imposible *de facto* y no *de iure* (a diferencia de la dispensa), imperativamente bajo *habilitas* y equidad y sin contradicción de la naturaleza ⁽⁴⁷⁾;

dilucide tractantur, Brvxellis, Typis & sumptibus Francisci Vivieni sub signo boni Pastoris, 1655, p. 185.

⁽⁴⁴⁾ BARBOSAE, *Collectanea*, cit., IV, p. 338, FARINACII, *Praxis*, cit., I/2, p. 162, distinguen la ficción *inductiva*, que consiste en fingir que es lo que no es; la ficción *privativa*, que consiste en fingir que no es lo que es; y la *translativa* (o *extensiva*) cuando la ley finge que el acto fue en otro tiempo. Así también COSTA, *Tractatus*, cit., pp. 14-30; EVERHARDO, *Loci*, cit., p. 712; I. MASCARDI, *Volumen Primum. Conclusiones probationvm omnium, quae in utroque Foro quotidie versantur, Iudiciibus, Aduocatis, Causidicis, omnibus denique Iuris Pontificij, Caesareique professoribus utiles, practicabiles, ac necessariae*, Venetiis, Apud Damianum Zenarium, 1584, ff. 32v-32v; RODRIGUEZ FERROSINI, *Opera*, cit., *De Praesumptionibus*, p. 125; TVSCHI *Practicarvm*, cit., III, p. 441; D. URSAYA A BOSCO, *Institutiones Criminales*, Romae, Ex Typographia Josephi Monaldi, 1701, V, p. 3.

⁽⁴⁵⁾ J. CASTILLO SOTOMAYOR, *Quotidianarum Controversiarum Juris*, Coloniae Allobrogum, Sumptibus Perachon & Cramer, 1726, III, p. 205; GONZALEZ FLOREZ, *Variarvm*, cit., p. 710.

⁽⁴⁶⁾ Sobre la diferencia entre presunción y ficción, COSTA, *Tractatus*, cit., pp. 33-37; FARINACII *Praxis*, cit., I/2, p. 166, TVSCHI *Practicarvm*, cit., III, p. 441; M. DE VALENTIA, *Illustrivm Ivris Tractatvum libri tres*, Lvgdvni, Sumptibus Lavrentii Anisson, 1663, pp. 71-72. Pero asevera I. MENOCHII, *De Praesumptionibus, Coniecturis, Signis, & Indicijs. Commentariorvm pars secvnda*, Venetiis, Apud Franciscum de Franciscis, 1590, f. 31r, «quod fictio illa esse dicitur, quae praesupponit veritatem in contrarium»; aunque debe tratarse de una presunción *iuris et de iure*, porque la diferencia que el doctor señala, en ff. 41r y 158-159r, entre presunción y ficción, reside (además de en los respectivos objetos consistentes en *res incerta* y *res certa*) en que la segunda no admite prueba en contrario. Y sin embargo, RODRIGUEZ FERROSINI, *Opera*, cit., *De Praesumptionibus*, pp. 121, 126, rechaza para la ficción la naturaleza de la presunción, tanto *iuris tantum* como *iuris et de iure*, advirtiendo que en aquella no cabe prueba en contrario directa pero sí indirecta (por la cesación de la equidad). Cf. M.J. GARCÍA GARRIDO, *Sobre los verdaderos límites de la ficción en Derecho romano*, en «Anuario de Historia del Derecho Español», 27-28 (1957-1958), p. 309, n. 15, así como D. MAGALHAES, *Changing Law by Analogy. The importance of analogical reasoning to the dynamics of private law, since Roman legal thought*, en «Revista General de Derecho Romano», 31 (2018), pp. 2-11.

⁽⁴⁷⁾ A. ALCIATI, *Praesumptiovm tractatus*, Lvgdvni, Apud Iacobum Giuntam, 1542, pp. 14-20. Asimismo, G. ALVAREZ DE VELASCO, *Ivdex Perfectus sev de iudice perfecto Christo Iesu Domino Nostro vnice perfecto*, Lvgdvni, Sumptibus Horatii Boissat &

requisitos que por supuesto regían también en la ficción traslativa o retroactividad ⁽⁴⁸⁾. En cualquier caso, la ficción, que cuenta con figuras jurídicas típicas ⁽⁴⁹⁾, no podía resultar más operativa que la

Georgii Remevs, 1662, p. 28; F. DE AMAYA, *Observationvm Ivris libri tres*, Salmanticae, Excudebat Antonia Ramirez, 1625, pp. 46-47; P.A. ANGV SOLAE, *Consiliorvm sev Responsorvm*, Francoforti ad Moenvm, 1574, f. 153r; D. ANTUNEZ PORTUGAL, *Tractatus de donationibus iurium et bonorum regiae coronae, tomus secundus*, Lugduni, Sumptibus Anisson, & Posuel, 1699, pp. 257, 337; BARBOSAE, *Praxis*, cit., p. 36; CAPONI, *Disceptationum*, cit., II, p. 260; CASTEJON, *Alphabetum*, cit., I, p. 292; H. DE CAEVALLOS, *Specvlvm Avevum Opiniovum commvnium contra commvnes. Tomus Tertius*, Sumptibus Haeredum Lazari Zetzneri, 1616, p. 72; D. COVARRUVIAS A LEYVA, *Opera omnia*, Genevae, Sumptibus Samvelis de Tovrnes, 1679, I, p. 283; DAOYS, *Index*, cit.; EVERHARDO, *Loci*, cit., p. 712; FARINACII, *Praxis*, cit., I/2, pp. 57, 162; GONZALEZ, *Dilucidvm*, cit., pp. 514, 586; I. GRATIAN FALCONI, *Qvngentiarvm Regularvm vtriusque iuris cum ampliacionibus & limitationibus liber vnus nunc super in lucem editus*, Madriti, Excudeuat Franciscus Sanctius, 1581, ff. 6v, 82v; I.B. LARREA, *Novae Decisiones Sacri Regii Senatus Granatensis Regni Castellae*, Lvgdvni, Sumpt. Iacobi & Petri Prost., 1636, p. 505; MASCARDI, *Volumen*, cit., ff. 31v-32r; I. MATIENZO, *Commentaria in librum quintum recollectionis legum Hispaniae*, Mantuae Carpentanae, Excudebat Petrus Madrigal, 1597, f. 16r; MENOCHII, *De Praesumptionibus*, cit., ff. 53r, 158v-159r; PELAEZ A MERES, *Tractatus*, cit., I, pp. 370-371, 374; PICHARDI VINVESAE *In Quatvor*, cit., III, p. 16; RODRIGUEZ FERMO SINI, *Opera*, cit., *De Praesumptionibus*, p. 125, *De Probationibus*, p. 103; TVSCHI, *Practicarvm*, cit., III, p. 441; VALENZUELA VELAZQUEZ, *Consilia*, cit., I, p. 152.

⁽⁴⁸⁾ ANGV SOLAE, *Consiliorvm*, cit., ff. 89v, 172v; CARLEVALII, *Disputationes*, cit., II, p. 174; CASTEJON, *Alphabetum*, cit., I, p. 292; M. MONTER A CUEVA, *Decisionvm Sacrae Regiae Audientiae causarvm civilium regni Aragonum, discvrsu theorico et practico compactarvm. Tomus Primus*, Caesaravgvstae, Expensis Angeli Tauani, 1601, pp. 600-601; RODRIGUEZ FERMO SINI, *Opera*, cit., *De foro compet.*, p. 782; L. VELAZQUEZ DE AVENDAÑO, *Legvm Tavrinarvm a Ferdinando & Ioana Hispaniarum regibus, foelicis recordationis vtilissima glosa sequitur*, Toleti, Apud Ioannem, & Petrum Rodriguez fratres, atque Typographos, 1588, f. 101v. En particular acerca del cumplimiento de la equidad, el favor liberorum o la utilitas, LARREA, *Novae*, cit., I, pp. 97-98.

⁽⁴⁹⁾ La *factio postliminii* es el ejemplo frecuente y arquetipo perfecto, pero hay otros como la *factio haereditatis*, la adopción, la cuasiposesión...: v. gr. AMAYA, *Observationvm*, cit., pp. 172-202; CAPONI, *Disceptationum*, cit., III, p. 59; CARLEVALII, *Disputationes*, cit., I, p. 80; P. FONTANELLA, *Sacri Regii Senatus Cathaloniae decisiones*, Barcinone, Ex Praelo, ac aere Petri Lacavalleria, 1645, II, pp. 703-704; C. DE PAZ, *Scholia ad Leges Regias Styli*, Madriti, Apud Alphonsum Martinum Typographum, 1608, p. 161; PICHARDI VINVESAE, *In Quatvor*, cit., I, p. 48, II, p. 151; RODRIGUEZ FERMO SINI, *Opera*, cit., *De leg. Eccl.*, p. 124; J.E. de ROXAS ET ALMANSA, *Tractatus unicus de Incompatibilitate, & Repugnantia possidendi plures Majoratus, deque Natura, & Cognitione uniuscujusque speciei eorum, in duos tomus distributum*, Matriti, Apud Antonium Marin, 1755, I, p. 64; VALENTIA, *Illustrivm*, cit., pp. 72-74, 80-82, 281-305. Resulta interesante la distinción en

verdad ni funcionar contra ella ⁽⁵⁰⁾, ni tampoco en perjuicio de tercero ⁽⁵¹⁾.

En el razonamiento de los juristas, la expresión legal comulga sin quebranto con la sustancia analógica. La ley afirma o niega la extensión de su disposición *ad similia* ⁽⁵²⁾, y al aceptar la asimilación la norma razona contra la *ratio diversitatis* ⁽⁵³⁾ en la medida en la que la semejanza consiste, justamente, en una propinquidad que parte de la comparación de cosas singulares y diferentes, y que por lo tanto no tiene por qué predicarse de las cosas en su totalidad ⁽⁵⁴⁾. Pero, alternativamente, la ley no se activa, por desustancialización, cuando

ficción legal y « entidad jurídica fingida o ficticia » que desarrolla R. HERNÁNDEZ MARÍN, *Ficciones jurídicas*, en « Doxa », 3 (1986), pp. 141-142, 144-145. Acerca de la (des)conexión entre ficción y analogía, GARCÍA GARRIDO, *Sobre los verdaderos límites*, cit., pp. 307, 310-311.

⁽⁵⁰⁾ ANGVSOLAE, *Consiliorvm*, cit., f. 173r; CAPONI, *Disceptationum*, cit., V, p. 208; DAOYS, *Index*, cit.; GUILLEN A CERUANTES, *Prima*, cit., f. 144v; I.B. LARREA, *Novae Decisiones Sacri Regii Senatus Granatensis Regni Castellae. Pars Secunda*, Lvqdvni, Sumptibus Iacobi & Petri Prost., 1639, p. 291; I. MARTINEZ DE OLANO, *Concordia e noua reductio antinomiarum iuris communis, ac regij Hispaniarum*, Bvrgis, Apud Philippum Iuntam, 1575, p. 179; I.C. de SVELVES, *Consiliorvm Decissivorvm Semicentvria Secvnda*, Caesaraugustae, Apud Petrum Lanaja, & Lamarca, 1646, pp. 263, 267; TVSCHI, *Practicarvm*, cit., III, p. 442; VELA DE OREÑA, *Dissertationum*, cit., I, p. 340. Después de mencionar BARBOSAE, *Praxis*, cit., p. 36, el consabido brocardo « Et tantum valet in casu ficto, quantum veritas in casu vero », añade en p. 272: « Quando enim concurrunt fictio & veritas, semper veritas praefertur & attenditur »; en p. 64 reitera que « fictio idem operatur quam veritas » para explicar finalmente, en la concurrencia de verdad y ficción, que « quando fictio & veritas tenditur ad eundem finem, inspicitur magis veritas, quam fictio ». La *repraesentatio* está más cerca de la verdad que de la ficción: CASTILLO SOTOMAYOR, *Quotidianarum*, cit., III, p. 235.

⁽⁵¹⁾ J. GUTIERREZ, *Practicarum Quaestionum Civilium circa leges regias Hispaniae secundae partis Novae Collectionis Regiae, Liber Sextus, seu Tractatus de Gabellis*, Coloniae Allobrogum, Sumptibus Perachon & Cramer, 1730, p. 178; MONTER A CUEVA, *Decisionvm*, cit., pp. 600-601; RODRIGUEZ FERROSINI, *Opera*, cit., *De Exceptionibus*, p. 544, *De Praesumptionibus*, p. 126; TVSCHI *Practicarvm*, cit., III, p. 443.

⁽⁵²⁾ A. DE AZEVEDO, *Commentarii Juris Civilis in Hispaniae regias constitutiones*, Lugduni, apud Fratres Deville, 1737, V, pp. 90-91, VI, p. 88; FERRER & NOGVES, *Commentaria*, cit., f. 183v.

⁽⁵³⁾ BARBOSAE, *Tractatus*, cit., p. 802.

⁽⁵⁴⁾ BENEDICTI, *Repetitio*, cit., II, 114r; EVERHARDO, *Loci*, cit., p. 104; FARINACII *Praxis*, cit., III/2, p. 167; GONZALEZ, *Dilucidvm*, cit., p. 104; SESSE, *Decisionvm*, cit., III, f. 116r. L. DE CASANATE, *Consilia sive Responsa*, Francofvrti ad Moenvm, Ex officina typographica Nicolai Hoffmanni, Sumptibus Haeredum Nicolai Bassaei, 1610, p. 406:

se detecta la proximidad de la similitud con la disimilitud, y en consecuencia el argumento analógico se excepciona cuando se prueba la inexistencia de la similitud (existencia de la disimilitud) ⁽⁵⁵⁾ o la naturaleza parva de la similitud ⁽⁵⁶⁾.

Así pues, la interpretación analógica se revela como una interpretación no meramente probable (la que lleva a cabo el juez o el abogado cuando argumenta *persona ad personam, res ad rem o factus ad factum* ⁽⁵⁷⁾), sino probable y además necesaria, por ser la ley (luego la más alta *potestas*) la que establece la asimilación *in eodem materia* aun *in genere*: como queda dicho, la similitud tiene entonces lugar *communiter seu generaliter in omnibus*, y no limitada a un solo caso concreto ⁽⁵⁸⁾. Cuando el arbitrio judicial, por ministerio de la ley, determina la operatividad del juicio por similitud, este funciona ya no en general, sino *in specie* ⁽⁵⁹⁾, y esta es la razón por la que precisa de la habilitación legal.

La tipicidad legal como rinda de la interpretación analógica explica al tiempo una característica propia y común con la interpretación extensiva: la predominante opinión doctoral contraria a la licitud de la interpretación de este jaez aplicada a las leyes correctivas (como a toda disposición odiosa o contraria al *ius* o a la equidad natural) y a las leyes penales ⁽⁶⁰⁾. Aun así, y como fruto de la potencial distancia entre los dos tipos de interpretación, la

« & sic repugnaret verborum similitudinem inducentium natura, & proprietas, si ad idem, non ad diuersa essent referenda ».

⁽⁵⁵⁾ O bien la disimilitud: CASTEJON, *Alphabetum*, cit., II, p. 303.

⁽⁵⁶⁾ BARBOSAE, *Collectanea*, cit., I, p. 140; RODRIGUEZ FERMOISINI, *Opera*, cit., *De Off. & Sac. Eccl.*, p. 156.

⁽⁵⁷⁾ EVERHARDO, *Loci*, cit., pp. 106-108.

⁽⁵⁸⁾ FARINACII, *Praxis*, cit., III/2, p. 167.

⁽⁵⁹⁾ RODRIGUEZ FERMOISINI, *Opera*, cit., *De Judiciis*, p. 573.

⁽⁶⁰⁾ I.B. DIAZ DE LUCO, *Regulae Iuris, cum suis Ampliationibus, & Restrictionibus, ex variis codicibus excerptae, ab ipso denuo autore diligentius recognitae, & accessione minime poenitenda locupletatae*, Lugduni, Apud Gulielmum Rouillium, 1554, p. 161; EVERHARDO, *Loci*, cit., p. 444; FARINACII, *Praxis*, cit., III/2, p. 167; PELAEZ A MERES, *Tractatus*, cit., I, p. 236. Sobre la interpretación extensiva de las leyes correctorias y penales, V. PIANO MORTARI, *Ricerche sulla teoria dell'interpretazione del diritto nel secolo XVI. I. Le premesse*, Milano, Giuffrè, 1956, pp. 140-152 y 183-194.

interpretación analógica conserva su propio régimen ⁽⁶¹⁾. Por un lado, se refuerza la prohibición cuando se interpreta *de casu ad casum* ⁽⁶²⁾. Por otro lado, es una excepción aparente el supuesto en el que la interpretación analógica es admitida expresamente por la ley ⁽⁶³⁾, porque en tal caso sencillamente se apuntala la necesidad de la admisión expresa legal de la interpretación analógica ⁽⁶⁴⁾, corroboración que no es vana tratándose de exorbitancias de Derecho o de materia penal, y que lleva incorporada en la norma jurídica no solo la ley, sino todo tipo de estatutos, costumbres, obligaciones y contratos ⁽⁶⁵⁾. Otras excepciones se reconocen al tratar de evitar la elusividad o la absurdidad en la interpretación, al responderse al favor público (v. gr. contra la impunidad de los delitos) o al proceder a una interpretación *de persona ad personam* ⁽⁶⁶⁾.

Por otra parte, tal y como la materia puede condicionar la interpretación analógica de una ley, su regulación asimiladora no

⁽⁶¹⁾ El argumento por similitud se considera un caso particular de interpretación extensiva, pero también, en distinta opinión, quizá una misma categoría, si no es que, como defiende PIANO MORTARI, la indiferencia terminológica no implica « una confusión lógica dei due procedimenti speculativi » (p. 113); si en vez de señalar como interpretación extensiva aquel razonamiento que hace referencia a lo ya incluido en la ley, sea en sus palabras sea en su espíritu, se identifica esta función con una interpretación intelectual o intensiva (*comprehensio*), la *extensio* puede quedar reservada estrictamente para el argumento analógico: PIANO MORTARI, *Ricerche*, cit., pp. 108-125. Dice E. GÓMEZ ORBANEJA, *Ficciones y conceptos formales en el Derecho*, Cizur Menor, Aranzadi, 2008, p. 31, que « la analogía es género próximo de la interpretación extensiva: la diferencia, señalada bien por Windscheid, es que en ésta partimos de que la norma también contiene el supuesto; en la interpretación analógica, de que el legislador, de haber pensado en el supuesto, lo hubiera incluido ».

⁽⁶²⁾ Según FARINACII, *Praxis*, cit., III/2, p. 169, la extensión de un caso verdadero a un caso ficticio solo puede producirse cuando los casos verdadero y ficticio son equiparables jurídicamente. Pero *Ibíd.*, p. 176, dice también simplemente que la extensión de persona verdadera a persona ficticia se produce cuando la persona ficticia es equiparada a la persona verdadera.

⁽⁶³⁾ Aunque, siguiendo a FARINACII, *Praxis*, cit., III/2, pp. 172-173, la extensión es viable « ad casum non expressum » cuando el caso expreso es contemplado « sub larga significatione », incluso en leyes correctorias y exorbitantes, a no ser que exista disposición taxativa contraria a la extensión.

⁽⁶⁴⁾ PELAEZ A MERES, *Tractatus*, cit., I, p. 236.

⁽⁶⁵⁾ EVERHARDO, *Loci*, cit., p. 106; FARINACII *Praxis*, cit., III/2, p. 166.

⁽⁶⁶⁾ FARINACII, *Praxis*, cit., III/2, pp. 155-156, 167-170.

tiene por qué expandirse ligada a los factores o elementos circunstanciales que no forman parte forzosamente de la naturaleza de la materia misma. Salón de Paz descarta, siempre con el límite ya comentado de la ley correctoria, que la interpretación analógica tenga que estar condicionada por los requisitos legales de la disposición extendida, por ejemplo el uso que exige la ley a los fueros, para ser aplicados a un caso similar con *ratio identitatis* (67).

Además, la doctrina jurídica establece criterios comparativos entre los extremos objeto de asimilación en la interpretación analógica. Así, Farinacio sostiene que la interpretación analógica debe desempeñarse de modo que la laguna de la ley escrita se colme mediante una (similar) ley escrita; la laguna de la ley no escrita o costumbre se colmará mediante ley no escrita o costumbre (similar); y la laguna en materia indiferente, mediante *aliud simile*, sea ley escrita o no, esto es, según la más razonable, aunque preferida en toda circunstancia, ante una igual racionalidad, la ley escrita (similar), según la enseñanza de Vilagut (68). Por su parte, Vázquez de Menchaca planteó dos criterios contrapuestos, uno favorable a que la ley escrita no fuera colmada por ninguna costumbre similar, por generar los efectos de una corrección de la ley, y otro que admitía que la costumbre similar colmase la ley y aun se extendiera a su corrección por mor de la fuerza jurídica no menor que la costumbre tiene respecto de la ley escrita (69). Y bien es cierto que en este punto las antinomias doctrinales fueron frecuentes.

Finalmente, cuando Everhardo compendia las excepciones a la utilidad y probabilidad de la interpretación analógica, además de los casos ya referidos de excepción expresa legal (o bien si la ley exige interpretación literal), leyes correctivas, penales u odiosas (como la contraria al *ius naturale*), *dissimilitudo* (aun parva) y ausencia de *ratio identitatis*, añade explícitamente el efecto de la retroactividad (70).

(67) SALON DE PACE, *Ad leges Taurinas*, cit., ff. 79r-80r.

(68) FARINACII *Praxis*, cit., III/2, p. 167.

(69) VASQVII MENCHACENSIS, *De svccessionibvs*, cit., pp. 77, 79.

(70) EVERHARDO, *Loci*, cit., pp. 108-110. Otros cómputos de excepciones y aun ampliaciones, en GRATIAN FALCONI, *Qvngentarvm*, cit., f. 178r.

5. *La analogía en los iura propria españoles.*

Con la sustancia de (casos) extremos asimilados en virtud de una *ratio identitatis* a partir de una necesaria (expresa o tácita) manifestación legal, la analogía siempre cumplió coherentemente una función de ley ⁽⁷¹⁾, mediante la proyección de un precepto o elemento normativo a casos semejantes (*analogia legis*) o mediante la proyección del sistema normativo (particularizándose desde la globalidad) a casos semejantes (*analogia iuris*), de modo que, en consecuencia, el *ius* sistémico no fue, a estas alturas de desarrollo del *ius regium* moderno, sino una sobredimensión de la *analogia legis* ⁽⁷²⁾, y por eso a la sazón la misma realidad (multifacética, entre el fragmento y el conjunto) de la analogía mediante expresión legal. Hay que aceptar, no obstante, que la mayor dimensión superlegal o sistémica dotó de una fuerza jurídica potencial muy relevante a la analogía que los *iura propria* contemplaban como fuente o criterio supletorio ⁽⁷³⁾ para colmar las lagunas de las fuentes primordiales del sistema jurídico ⁽⁷⁴⁾, porque propagaban simultáneamente la

(71) Desde este punto de vista no parece, contra lo que afirma SBRICCOLI, *L'interpretazione*, cit., p. 271, que la argumentación por analogía se refiera «alla soluzione che 'certamente il legislatore avrebbe dato' se avesse pensato al caso in esame», sino que prima en ella un espíritu no convalidador sino innovativo (en verdad, «si crea così una nuova norma») precisamente en comunión con la potencia semántica (próxima a la *extensio*) de la norma jurídica.

(72) Es la conclusión sobre la pérdida de sentido de la distinción entre *analogis legis* y *analogia iuris* a la que llega SBRICCOLI, *L'interpretazione*, cit., pp. 313-319.

(73) En relación con esta integración normativa mediante supletoriedad, SBRICCOLI, *L'interpretazione*, cit., p. 268, entiende cumple con tres funciones, «quella di avere a disposizione un'operazione ermeneutica di grande efficacia al fine di controllare e gestire l'ordinamento; quella di venire incontro alla 'pretesa — ideologica prima che logica — della 'completezza' dell'ordinamento; quella, infine, di salvaguardare il principio in base al quale il giudice non può sottrarsi alla pronuncia sul caso che gli viene presentato».

(74) La función supletoria de leyes y costumbres fue apuntada por la doctrina de los glosadores: PIANO MORTARI, *Dogmatica*, cit., p. 251; y de los comentaristas del *mos italicus*: J. VALLEJO, *Ruda equidad, ley consumada. Concepción de la potestad normativa (1250-1350)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 285, n. 55.

imagen de una constelación de innúmeras proyecciones asimiladoras a partir de la ley ⁽⁷⁵⁾.

Como es sabido, los *iura propria* de la monarquía moderna española mantienen el orden de prelación de fuentes trazado en los sistemas jurídicos bajomedievales. En ellos, la analogía se presenta de variada guisa. En algunos sistemas jurídicos la analogía está contemplada expresamente como fuente supletoria (Aragón). En otros sistemas jurídicos hay que plantear la posibilidad de que la analogía sea aludida bajo el empleo de diferentes términos sinónimos o próximos, como la equidad o la igualdad (Cataluña y Valencia). Y una última posibilidad es que la analogía se incorpore al orden de prelación de fuentes a través de su interpretación y comentario doctrinal (Castilla).

En el *ius proprium* de Aragón, el prólogo *In Excelsis* del Vidal Mayor (versión extensa de los *Fueros de Aragón* de 1247 incorporados en la recopilación de los *Fueros y Observancias del reino de Aragón* de 1552) presenta la *consimilitudo*, el argumento *de similibus ad similia*, como una fuente supletoria de los fueros, explícitamente, y anterior a otras formas de colmar las lagunas normativas, como las *probabiles rationes* y el sentido natural ⁽⁷⁶⁾.

Realmente, si se quiere explicar este orden jurídico con mayor exactitud, hay que reconocer que la analogía no es una fuente jurídica en sí misma, sino un criterio, entre otros manejados coetá-

⁽⁷⁵⁾ PIANO MORTARI, *Dogmatica*, cit., p. 252: «L'analogia nel campo del diritto rispondeva profondamente al principio di legalità che costituiva il fondamento dell'ordinamento positivo. L'applicazione di una norma al caso simile, che poteva considerarsi in maniera identica dal punto di vista logico-giuridico, era infatti compiuta mediante un'opera di interpretazione perché consisteva nell'accertamento della *ratio* determinante una norma positiva anche se stabilita dal legislatore per una ipotesi diversa».

⁽⁷⁶⁾ «In his autem, quando casus expresus contentus opere se non duxit, extendendo alicui de contentis, si natura negotii hoc deposcit, adaptetur, nam cum omnes casus sit impossibile exprimi in hoc foro, ubi forus deficit de similibus ad similia procedendum; ubi autem nec consimilitudo poterit reperiri, per probabiles rationes et naturales sensus hominum tam in allegationibus, et sententiis, quam in quibuscumque aliis negotiis procedatur», en A. PÉREZ MARTÍN, *La primera codificación oficial de los fueros aragoneses: las dos compilaciones de Vidal de Canellas*, en «Glossae», 2 (1989-1990), prólogo *In Excelsis*, p. 47.

neamente, para regular o constituir el arbitrio o albedrío judicial (77). El arbitrio judicial otorga dimensión formal a la equidad, se orienta por ella y al mismo tiempo la manifiesta y hace visible en el acto de la declaración de la sentencia. Como suele ocurrir en el Derecho hispánico, la realidad se desdobra en materia y forma con voces y conceptos propios; el hecho de que las jerarquías normativas atiendan a las formas jurídicas productoras de normas (actos de Cortes, libros compiladores...) obliga a situar, en ese mismo ámbito de naturaleza jurídica, al arbitrio judicial como fuente aplicativa y supletoria; ahora bien, presuponiendo esta intervención judicial (subrogada en la justicia regia, a cuya voluntad tampoco se hace referencia directa, absorbida en el desarrollo del *ius regium*), con frecuencia las fuentes prefieren mencionar los criterios de regulación de ese arbitrio, con un paradigma formal intelectualista antes que voluntarista (que resta oculto pero activo). La propia equidad, como es sabido, se concibe por lo general no ruda, sino regulada o constituida (78), esto es, conforme a criterios orientadores que, aun en un margen de discrecionalidad, impiden la arbitrariedad. Por lo tanto, si la equidad orienta el arbitrio o, mejor, nutre su contenido, a su vez la equidad se regula de acuerdo con conceptos que son, en gran medida, reproductores de la equidad, y así el sentido natural y la equidad, como fuente supletoria de los fueros, resulta una expresión redundante, mas a la sazón una expresión articulada de los pasos intelectuales en la formación y expresión del arbitrio judicial. Esta misma clave explica que, cuando un criterio equitativo alcanza

(77) PIANO MORTARI, *Dogmatica*, cit., pp. 249-250, sobre la equidad o razón natural: « Ma l'*aequitas* non rappresentava per l'interprete il principio in base al quale egli potesse creare ex novo le regole giuridiche per i rapporti non previsti dall'ordinamento positivo [...] l'equità costituiva soltanto il criterio della loro valutazione ed eventualmente della loro regolamentazione sempre sul fondamento delle disposizioni esistenti. A volte infatti, in base a considerazioni equitative, il contenuto giuridico di esse veniva ampliato per comprendere situazioni e fenomeni che, se non espressamente, sembravano tuttavia implicitamente contemplati purché alle norme non venisse attribuito un senso puramente letterale. Ma, come è evidente, tutto ciò si svolgeva attraverso un'opera intellettuale di puro carattere interpretativo: attraverso la forma dell'interpretazione estensiva oppure per mezzo dell'interpretazione analogica ».

(78) CORTESE, *La norma giuridica*, cit., I, p. 289, entiende la *extensio* como forma de conversión de la equidad ruda en equidad constituida.

una técnica singularizada, como sucede con la interpretación analógica, esta pueda separarse, a la manera de un desarrollo pormenorizado del vínculo conceptual de la equidad. Si la equidad es el género, el prólogo del *Vidal Mayor* cumple con una jerarquía de especies, evitando el círculo vicioso de la repetición de la equidad, al considerar las *probabiles rationes* y el sentido natural como referencias supletorias de la analogía. Al mismo tiempo, como sucede en las versiones de otros prólogos, la analogía puede desaparecer bajo la referencia al sentido natural y a la equidad, y su inmersión no tiene por qué significar que haya quedado excluida, sino tan solo que resulta una interpretación potencial bajo la referencia al género. Cuando el género desaparece y la analogía queda expresa y antepuesta, el sentido natural se aproxima a las *probabiles rationes*, al *ius commune*; es decir, de las dos direcciones hacia las que cabe orientar la interpretación, que son el *ius proprium* y el *ius commune*, si la analogía asume la primera, el sentido natural debe quedar, en cuanto expresión sinónima de una equidad devenida especie de sí misma, por fuerza próxima al segundo.

La concepción de la analogía como una especie de la equidad no ofrece ninguna duda (79). En el *Decreto de Graciano* se encontraba lapidariamente asentada la idea de la sentencia isidoriana: la similitud justa comulga con la equidad natural: « Nam hoc, aut si quid huic simile est, numquam iniustum, sed naturale equumque habetur » (80). Como se explicó anteriormente, a propósito de la relación entre analogía y ficción, la equidad natural es una condición necesaria de la analogía. Ahora bien, la analogía es esa equidad que no conecta, por su propia naturaleza interpretativa, con el sistema externo del *ius commune*, sino con el sistema interno del *ius proprium*. Y esto es así porque la norma jurídica que la encauza es parte del conjunto normativo, los *Fueros de Aragón*, que interviene

(79) Para PIANO MORTARI, *Ricerche*, cit., p. 127, la *extensio legis* tiene su fundamento en la equidad y la racionalidad natural.

(80) *Concordia Canonum Discordantium*, distinctio 1, c. 7 (Isidor.), in *Corpus Iuris Canonici. Editio Lipsiensis secunda post Aemilii Ludouici Richter curas ad librorum manu scriptorum et editionis Romanae fidem recognouit et adnotatione critica. Instruxit Aemilius Friedberg. Pars Prior. Decretum magistri Gratiani*, Graz, Akademische Druck — U. Verlagsanstalt, 1955.

como extremo respecto del cual pueda asimilarse otro extremo con una identidad de razón.

En el *Vidal Mayor*, la fusión interna de los fueros aragoneses con el *utrumque ius* explica que la supletoriedad desde la analogía se contemple en busca de extremos que asimilar a lo largo de ambos sistemas jurídicos; estos dos sistemas jurídicos serían supletorios a su vez en defecto del argumento analógico: las *probabiles rationes* del *ius commune* y el sentido natural del *ius proprium*. Pero esta es la impresión que da la fusión de sistemas jurídicos que se produce en el extremo legal de la similitud (el propio *Vidal Mayor*). El hecho de que otra versión del prólogo de la obra presente, ahora en lugar de la analogía, el *utrumque ius* unido al sentido natural ⁽⁸¹⁾, significa que exteriormente hay dos sistemas paralelos (separación de los sistemas fundidos en el contenido del *Vidal Mayor*) pasto de absorción en el libro jurídico. De modo que, si el prólogo de los *Fueros de Aragón* se limita a referirse al sentido natural ⁽⁸²⁾, las únicas nociones autosuficientes porque pueden funcionar sin compañía (analogía y sentido natural) tienen que conectar entre sí, frente al *utrumque ius* (diríase complementario), a la manera de recurrentes reanálisis del *ius proprium* aragonés. Y es lógico que así sea porque con la analogía se trata de utilizar un medio jurídico para colmar las lagunas de este *ius proprium* (o sentido natural, como criterio jurídico naturalizado en la tierra) desde sí mismo, y no del *utrumque ius* que en rigor el *ius proprium* ya ha incorporado: la razón de identidad reside en el *ius proprium* y para con el *utrumque ius* solo puede encontrarse, excluida su condición extravagante, respecto de su digestión en el seno del *ius proprium*.

(81) *Leges Hispanicæ Medii Aevi. V. Vidal Mayor. Traducción aragonesa de la obra In Excelsis Dei Thesauris de Vidal de Canellas. II. Texto*, G. Tilander (ed.), Lund, Hakan Ohlssons Boktryckeri, 1956, prólogo 2, p. 9: « et fizo aquest libro con mui grant estudio, por el quoa libro des huey más todas las iusticias iudgan, assí como el fuero manda. Et si por auentura en algún caso no abastasse, lo que non cuidó que fuesse iudgado lealment por naturales sesos de buenos omnes et letales, catando et acorriendo a los dreitos et a las leyes ».

(82) *Los Fueros de Aragón según el manuscrito 458 de la Biblioteca Nacional de Madrid*, G. Tilander (ed.), Lund, Berlingska Boktryckeriet, 1937, prólogo, p. 3: « fizo et establí aquest libro, por el qual libro des de ueey de más todas las iusticias iudguen, assí como fuero manda; e si por uentura en alguna cosa el fuero non abastasse, que fuesse iudgado leal mientre por naturales sesos de buenos omnes e leales ».

La conexión de la equidad con el *ius commune* es directa, sin que medie explícitamente un procedimiento interpretativo analógico, cuando encuentra en aquel su fuente de formulación conceptual, máxime si el *ius proprium* tiene una vinculación profunda con el *utrumque ius*, como ocurre en la recopilación de las *Constitutions y altres drets de Catalunya* (1588). De esta manera, la negación de la interpretación de los privilegios y constituciones supone un refuerzo de la interpretación declarativa ⁽⁸³⁾, alejado del reconocimiento expreso de la interpretación por similitud y aun extensiva (desdicho por ciertas cláusulas *similiter, simili modo, ad similia*, más cercanas en cualquier caso a la interpretación extensiva que a la analógica). En amalgama el orden de las fuentes supletorias en el *ius proprium* catalán se viste de secuencia desgranada de elementos de una misma entidad cuando se antepone el *ius canonicum*, y en su defecto se liga el *ius civile* y la doctrina jurídica, para añadir después la equidad regulada y señalar que su criterio de regulación se sitúa en el *ius commune* y en la doctrina jurídica, de nuevo, en materia de equidad ⁽⁸⁴⁾, esto es, en ese *ius commune* formado a partir del *ius civile* que sin embargo contempla la equidad sobre todo a la luz del *ius canonicum*. No parece que, en esta maquinaria conceptual, la analogía sea estrictamente necesaria, porque hay un desmenuzamiento de todas las fuentes paralelas y simpáticas, incluido el *ius proprium* que plantea esta supletoriedad y que está profundamente influido por el mismo surtido de *iura*, pero lo cierto es que, a la postre, mediante esa articulación o desfile de fuentes y criterios homogéneos

⁽⁸³⁾ *Constitutions y altres drets de Cathalunya, compilats en virtut del capitol de cort LXXXII. de las Corts per la S. C. y R. Majestat del rey don Philip IV. Nostre Senyor celebradas en la civtat de Barcelona de M.DCCII. Volum Primer*, Barcelona, En Casa de Joan Pau Marti y Joseph Llopis Estampers, 1704, 1.15.1 *De interpretatio*: « Ordenam, Estatuim, quels Privilegis, e Constitutions, que per los antecessors nostres son atorgats, e confirmats generalment a tota la terra, especialment a alguns Locs, o personas, per si romangan en sa força, e en sa valor, e a quiscun Loc per sí, qui haja Privilegis specials, en axi, que algun nols gos interpretar, ne sobre aquells sententia demanar ».

⁽⁸⁴⁾ *Ibíd.*, 1.30.1: « y en los casos que dits Vsatges, Constitutions, y altres drets del present Principat, y Comtats de Rossello, y Cerdanya, y en los casos que dits Vsatges, Constitutions, y altres drets faltaran, hajan de decidir les dites causes segons la disposicio del Dret Canonic, y aquell faltant del Civil, y Doctrines de Doctors, y que no les pujan decidir, ni declarar per equitat, sino que sia regulada, y conforme a les regles del dret comu, y que aportan los Doctors sobre materia de equitat ».

se llega a la configuración de un escenario hipotético de *extrema* con regulaciones multiversas y una misma razón de identidad, y en este sentido calificable a la postre, desde la equidad y contra pronóstico literal, como una analogía tácita.

Entre la analogía expresa legal de Aragón y la equidad multifacética (columbrada residencia de una analogía tácita) en Cataluña, es viable por lo demás una analogía que se explicita mediante algunos de los conceptos que le son próximos, como posibilidades de su concepción *triplex* (*identitas, imitatio, similitudo*). Así, en los *Fori Regni Valentiae* (1547) la *igualdad* es supletoria como complemento del sentido natural ⁽⁸⁵⁾, en un juego semántico casi de prestidigitación, porque, a falta de tradición jurídica genuina, el *ius proprium* al que puede remitir el sentido natural no es otra cosa que el *utrumque ius* y el *ius commune* inyectado en las aparentes *costums* valencianas, luego la igualdad (ora analogía lata, ora quizá tan solo mención de la analogía estricta por razón de la identidad o igualdad de la razón que asimila los extremos) no puede operar sino respecto de las mismas fuentes del *ius proprium* que son a la postre las del *utrumque ius* (también aquí con preferencia del *ius canonicum* sobre el *civile*) y el *ius commune*. En definitiva, presupuesto el *ius commune* como fuente global (e incluso considerado directamente, redundantemente supletorio en ciertos fueros y privilegios valencianos), se abre la puerta al desglose en expresiones que desarrollan su influjo: por un lado el *ius proprium*, mencionado mediante el giro del sentido natural, y por otro lado la igualdad analógica, como un desdoblamiento del sentido natural oración desde la perspectiva de la mecánica concreta de la reinterpretación del tan canónico-romano *ius proprium*.

La peculiaridad de Castilla consiste en que la ley primera de Toro (1505), en su orden de prelación de fuentes, no se refiere a la analogía, como tampoco lo hizo el *Ordenamiento de Alcalá* (1348) que aquella actualiza, y sin embargo Antonio Gómez, al comentar la ley taurina, entendió, con el amparo de algunas disposiciones del *Codex Iustinianus*, que, en defecto de la opinión probable de los

⁽⁸⁵⁾ *Fori Regni Valentiae*, Montissoni, Impressi Imperiali cum priuilegio, 1547, f. 1v: « Et aquestes coses en axi sobredites volem que lla hon aquestes costumes no poran abastar: aquells que jutgaran puixen leeriuament recorrer a natural seny e a egualtat ».

doctores, procedía recurrir al argumento *in simili casu* a partir de la ley o del *ius scriptum* ⁽⁸⁶⁾. En estas palabras de Gómez se agradece apreciar con claridad dos criterios. Uno es la anteposición de la doctrina jurídica (en defecto de las *Partidas*, con fuerza de ley desde el citado *Ordenamiento de Alcalá*) a la interpretación y declaración regia que colma dudas y lagunas, pero también la anteposición a esa otra fuente inserta con preferencia cual es (por arbitrio judicial) la analogía; si se compara la posición de la analogía en el sistema jurídico castellano según Gómez y la posición de la equidad regulada en el sistema jurídico catalán, se notará que la primera queda subordinada a la doctrina jurídica (opinión probable de los doctores o *ius commune*, analogía en su defecto) tal y como la segunda quedaba pospuesta como orientación de aquella (doctrina de los doctores y equidad regulada según el *ius commune*). Otro criterio nítido es la referencia de la analogía a la ley y al *ius scriptum*, lo que enlaza perfectamente con la naturaleza jurídica (expresión legal) de la analogía, y clava el extremo asimilador del *ius proprium* desde el que la similitud opera, en particular la fuente preferente del *ius regium* que preside el sistema jurídico castellano; lo extraño es que entre ley y analogía Gómez incruste la opinión de los doctores.

Distinta es la posición de Gregorio López en su glosa a las *Partidas*. Explicó, considerando su razonamiento expresamente aplicable al *Ordenamiento de Alcalá* y a la ley primera de Toro, que la referencia a la interpretación y declaración del rey en caso de dudas legales obedecía a la necesidad de una interpretación general, necesaria y escrita, en virtud de su vocación de integración legal; estas mismas características de la interpretación se reproducen en la interpretación judicial, salvo la generalidad. Ahora bien, el juez, cuando tiene duda sobre su decisión, debe acudir a una interpretación consuetudinaria, y en su defecto a una interpretación analógica,

(86) GOMEZII *Ad leges Tauri*, cit., p. 6: « Item, communi opinione deficiente, imo prorsus deficiente aliqua probabili opinione alicujus Doctoris, procedendum erit argumento alicujus legis, vel juris scripti in simili casu disponentis: text. est in leg. Non possunt. ff. de Legib. cujus verba sunt: Non possunt omnes articuli sigillatim aut legibus, aut Senatus Consultis comprehendit: sed cum in aliqua causa Sententia eorum manifesta est, is, qui jurisdictioni praeest, ad similia procedere, atque ita jus dicere debet: bonus text. in leg. fin. Cod. de Haered. institut. text. in leg. Illud. ff. Ad legem Aquil. text. in leg. 1. §. 2. & 3. ff. de Fonte: text. in cap. Inter caeteras. in fin. de Rescript ».

y solo si entonces todavía no puede resolver ha de recurrir a la interpretación regia, aunque finalmente se anteponga además, a esta última fuente, la busca de solución en la opinión de los doctores, salvo que esta sea dudosa, falsa, no común o vencible por *probabiles rationes* ⁽⁸⁷⁾. Otra vez hay aquí dos criterios que destacar. El primero se refiere a la proximidad entre la interpretación consuetudinaria y la interpretación analógica, pues la primera tiene que ver con el análisis de la ejecución o consumación previa de la ley que ahora ofrece dudas; ese historial problemático tal vez brinde pautas para colmar las dudas y lagunas jurídicas, como un campo usado y surcado de casos semejantes bajo una razón idéntica legal, equiparable en cierta medida a la presente interpretación analógica de la ley, una analogía que viene a desarrollar, en definitiva, una ampliación de las potenciales posibilidades interpretativas para casos semejantes una vez verificada (porque sería preferente) la interpretación extensiva en la que pudiera haber consistido la consumación legal efectiva en casos prácticos semejantes. El segundo criterio, a la salud de la elegancia discursiva de Gregorio López, afecta a la estructura de proximidad y continuidad, en la jerarquía de fuentes, entre la ley sometida a la interpretación analógica y la analogía (sin el *ius commune* de por medio, a diferencia de Gómez), en un racional y homogéneo agotamiento de la versatilidad de la ley, tanto de su expresión normativa cuanto de la expresión de su fuerza analógica, como una concentración de rayos desde su pedestal preferente en el *ius proprium* de Castilla.

(87) G. LOPEZ, glosa *Por aquel que las fizo a Las Siete Partidas del Sabio Rey don Alonso el nono, nuevamente Glosadas por el Licenciado...*, Salamanca, Por Andrea de Portonaris Impressor de su Magestad, 1555, 1.1.14: « Nam intelligitur: vt interpretatio fit generalis, & necessaria, & in scriptis redigenda, item iudicis interpretatio licet sit necessaria & in scriptis redigenda, non tamen est generalis neque praeiudicat aliis [...] nam dicit procedere, quando iudex est ita dubius quod nescit quid faciat, quia nec consuetudine est interpretatum, nec apparet de benigniori intellectu, nec potest procedere de similibus ad similia: quia non reperitur ita simile, vnde iudex est dubius, tunc recurrendum est ad Principem, vide ibi per eum, vbi & quid si dubium est positum in opinionibus doctorum, & non est communis opinio, vel illa sit euidenter falsa, vel possit conuinci probabilius rationibus: videas ibi, & adde ad istam legem Regis Alfonso in curijs de Alcala, quae est inserta in ordinationibus Taurinis ».

GUSTAVO ADOLFO NOBILE MATTEI

PROSPETTIVE MODERNE PER UNA TEORIA DELLA PENA
DECLINAZIONI DELLA GIUSTIZIA E CAUSÆ PUNIENDI
TRA XVI E XVII SECOLO

« *Converte gladium tuum in locum suum. Omnes enim,
qui acceperint gladium, gladio peribunt* »

Mt 26, 52

1. *Τιμωρία*: la pena come vendetta. — 2. *Παράδειγμα*: la pena come esempio. —
3. *Κόλασις*: la pena come medicina. — 4. Eziologia della pena ed *arbitrium*. —
5. Osservazioni conclusive.

Ancora oggi, nella percezione comune, l'Antico Regime è associato alla tetra immagine della forca. Incertezza, abuso e violenza caratterizzano un quadro convenzionale, di cui la pena rappresenta la manifestazione più eclatante. Il pregiudizio, espresso con efficacia nell'opera manzoniana, costituisce un'eredità del Settecento: volta a demolire il passato, la polemica illuminista non formulò su di esso un giudizio obiettivo, pur restituendo alcune ombre indiscutibili ⁽¹⁾. Da tempo la storiografia si è emancipata da questa ipoteca, analizzando il tardo diritto comune nel suo sostrato culturale e nel suo ordito costituzionale. Operazione urgente anche per quanto attiene l'impianto sanzionatorio e, in specie, per un problema cardine come la funzione della pena.

Se le proposte dei secc. XVIII-XIX metteranno il tema al centro del dibattito, assumendo posizioni nette, al vecchio *ius criminale* si rimprovera un'irrazionalità complessiva a tutto vantag-

⁽¹⁾ Caustico ed esemplare l'*incipit* di C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Londra, 1774, pp. 1-2. Lo stereotipo si ripete in F. CORDERO, *Criminalia. Nascita dei sistemi penali*, Roma-Bari, Laterza, 1985, pp. 280-457.

gio dei giudici, padroni assoluti del castigo. Uno sguardo approfondito, però, rivela una realtà più complessa. Dal discorso dei giuristi non emerge una teoria univoca, né comodamente riducibile a categorie successive. Spesso i diversi fini s'intrecciano, talora si contraddicono: ma ciò non implica l'assenza di una teleologia capace d'indirizzare le corti. Sotto questo profilo, a dire il vero, gli specialisti del diritto non spiccano sempre per profondità di analisi; persino un teorico come Deciani sfiora il problema, senza affrontarlo a viso aperto ⁽²⁾. Riflessioni più acute provengono, paradossalmente, da una *decisio* di Tommaso Grammatico, che sembra il primo a interrogarsi sul punto. Più tardi, saranno Grégoire e Carpzov a dedicargli spazio.

Il fatto è che proprio nel Cinquecento, grazie anche a stimoli esterni alla scienza giuridica, il concetto di pena aveva subito una profonda metamorfosi. Trasformazioni da misurare sul lungo periodo, cogliendo la cifra del tempo senza accedere, però, a un'ermeneutica della rottura: la prima età moderna conserva molto del Medioevo e al contempo lo contamina, ponendo le premesse che porteranno — in positivo o per contrasto — fino ai Lumi.

1. Τιμωρία: *la pena come vendetta*.

Dal Basso Medioevo eredita, ad esempio, l'idea di pena come

⁽²⁾ Si sofferma invece su un tema caldo del dibattito teologico, che divide Cattolici e Luterani: l'obbligatorietà *in conscientia* della legge penale. Cfr. M. PIFFERI, *Generalia delictorum. Il Tractatus criminalis di Tiberio Deciani e la parte generale di diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 308-328. Più spesso, i giuristi s'interrogano sull'origine del processo. Tema già medievale, che in controluce rivela qualcosa sulla pena: A. MARCHISELLO, *Il principio del processo: osservazioni sull'origine del iudicium nello Speculum aureum di Roberto Maranta*, in « Historia et ius », 1 (2012), paper 4. « Le opere dei criminalisti molto dicono e molto occultano [...] Bisogna entrare nella trattazione di alcuni delitti particolarmente significativi in rapporto alla sovranità [...] per incrociare analisi più ampie sul senso della pena [...] Più che un discorso generale sulla funzione della pena, è infatti la riflessione sulla legittimità — da parte del principe — di infliggere o sospendere la pena di morte; sulla possibilità — nel caso del giudice — di estendere il proprio potere discrezionale sino alla reiterazione della tortura ed alle pene di sangue, a fornire la misura dell'intervento penale »: G. ALESSI, *Economie del penale nell'Età moderna*, in *La funzione della pena in prospettiva storica e attuale*, a cura di A. Calore, A. Sciumè, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 129-132.

retribuzione per il male compiuto ⁽³⁾: concezione veicolata dal Cristianesimo sin dal contrappasso biblico « oculus pro oculo » ⁽⁴⁾, che trova riscontri nel *Corpus* giustiniano ⁽⁵⁾. Dio stesso rivendica il ruolo di sommo retributore: « Mea est ultio, et ego retribuam » ⁽⁶⁾. Il giurista Grégoire avverte che « non semper Deus punit in hoc sæculo delinquentes, quemadmodum in hoc ipso non semper retribuit plene piis et probis hominibus ». Talora indirizza i suoi castighi proprio nei confronti di chi può salvarsi, mentre rimanda il supplizio degli « immedicabiles » all'Aldilà. Ciò non toglie che « Deus bonus et iustus est, ut mala impunita nunquam, vel benefacta irremunerata relinquat » ⁽⁷⁾. In Lui la giustizia — la virtù di chi dà

⁽³⁾ Parla di « attitudine retributiva » M. SBRICCOLI, *Brigantaggio e ribellismi nella criminalistica dei secoli XVI-XVIII*, in ID., *Storia del diritto penale e della giustizia*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 306-309. Come nota I. MEREU, *Storia del diritto penale nel '500*, Napoli, Morano, 1964, p. 327 la connessione tra crimine e peccato implica un nuovo concetto di retribuzione, ponendo le basi per il superamento della vendetta privata e della sua alternativa, la *compositio*, tipiche del diritto germanico. Quest'ultimo, per la sua caratura oggettiva e « privatistica », risulta poco coerente con le idee di *culpa* e di *publicum* che si vanno forgiando nel Basso Medioevo.

⁽⁴⁾ Es 21, 23-25; Lv 24, 17-21; Dt 19, 21. La massima biblica è richiamata da Carpov come mandato divino rivolto a principi e magistrati: B. CARPZOV, *Practicæ imperialis Saxonice rerum criminalium*, Lipsiæ, 1739, pars III, q. CI, n. 8, p. 2. Cfr. C. GHISALBERTI, *Pena (Diritto intermedio)*, in *Novissimo digesto italiano*, XII, Torino, UTET, 1965, p. 815.

⁽⁵⁾ D.50.16.131: « Pœna est noxæ vindicta ». C.9.47.22: « Sancimus ibi esse pœnam, ubi et noxa est ».

⁽⁶⁾ Dt 32, 35. Nella religiosità ebraica la retribuzione divina si realizza già nelle vicende terrene. Le tribolazioni di Giobbe costituiscono, al contempo, confutazione e conferma di tale concezione. Un uomo giusto patisce sofferenze immeritate, così da essere additato come peccatore da chi lo circonda. Dio lo sta mettendo alla prova: il dolore di Giobbe appare immotivato ma trova risposta alla luce di un disegno che gli si svela al termine del Libro. Attraverso la tentazione, merita beni maggiori in premio della sua fedeltà. Nell'Antico Testamento, pertanto, castighi e ricompense appaiono immersi in una dimensione prevalentemente temporale. Il concetto non scompare del tutto nel Nuovo, che però insiste sulla retribuzione escatologica (Mt 25, 31-46; Rm 2, 5-11; Ap 20, 12).

⁽⁷⁾ Infatti, « temporales pœnæ a Deo imponuntur in hoc, et alio sæculo In hoc sæculo, ægritudo, paupertas, mors, et similes angustia, seu exercitia bonorum, quibus castigantur delinquentes et corriguntur, ne in æternum pereant [...] Qui si obduraverint, et illis flagellis non castigentur, certe temporales pœnæ æternarum initium sunt ». Cfr. P.

a ciascuno il suo ⁽⁸⁾ — rifulge in sommo grado ⁽⁹⁾: e questa giustizia ha richiesto persino il sacrificio del Figlio per la compensazione del peccato e la redenzione dell'umanità ⁽¹⁰⁾.

GRÉGOIRE, *Syntagma iuris universi*, Lugduni, 1587, pars III, lib. XXXI, cap. XXVIII, n. 1, pp. 251-252 e cap. IV, n. 3, p. 228.

⁽⁸⁾ D.1.1.10pr; I.1.1pr. « Iustitiam esse virtutem, quæ respicit ius tamquam obiectum, totamque versari in constituenda æqualitate, inter unius personæ ius, et alterius debitum [...] Quare duos habet actos, quibus hanc æqualitatem constituit. Primus est, ius suum unicuique tribuendi [...] Secundus est, reparandi id quod læsum est, et ad pristinum statum reducendi »: J. ZAPATA Y SANDOVAL, *De iustitia distributiva*, Vallisoleti, 1609, pars I, cap. I, nn. 1-2, pp. 7-8. Cfr. D. QUAGLIONI, *La giustizia nel Medioevo e nella Prima età moderna*, Bologna, il Mulino, 2004, pp. 23-91.

⁽⁹⁾ Sulla giustizia divina, T. D'AQUINO, *Summa totius theologiæ*, Venetiis, 1612, *Prima pars*, q. 21, art. 1. Tra i neoterici, G. VÁZQUEZ, *Commentariorum ac disputationum in primam partem Sancti Thomæ*, Compluti, 1598, I, q. XXI, art. 1, pp. 697-725; ZAPATA Y SANDOVAL, *De iustitia*, cit., pars I, cap. IV, nn. 19-28, pp. 59-66.

⁽¹⁰⁾ Consapevoli del peccato e timorosi del castigo, gli Antichi praticavano sacrifici per placare gli dei. Ciò avveniva anche nel monoteismo ebraico, durante il Giorno dell'Espiazione: G. DEIANA, *Dai sacrifici dell'Antico Testamento al sacrificio di Cristo*, Roma, UUP, 2006, pp. 15-70. Il Cristianesimo abolisce le vecchie pratiche cerimoniali e riconosce nel Sangue di Cristo il *sacrificium singulare* che ripaga le colpe, liberando l'umanità dalla schiavitù del peccato. La redenzione — benché sia grazia di un Dio che la elargisce in modo « discendente » — « implica la satisfactio guadagnata tramite l'obbedienza del Figlio di Dio, il cui sangue è il riscatto per mezzo del quale Egli ha meritato e ottenuto la giustificazione »: COMMISSIONE TEOLOGICA INTERNAZIONALE, *Alcune questioni sulla teologia della Redenzione*, Città del Vaticano, 1995, cap. I, n. 12. Ciò significa che la Croce opera anche in senso « ascendente », come compensazione resa da un uomo alla giustizia di Dio. La teologia medievale ha insistito su tale aspetto riparatorio; esemplare ANSELMO DI CANTERBURY, *Cur Deus homo*, Berolini, Schlawitz, 1956, II, 18: « Quod debitum tantum erat, ut illud solvere, cum non deberet nisi homo, non posses nisi Deus, ita ut idem esset homo qui Deus ». Il Protestantismo esaspera il concetto, con la teoria della sostituzione penale. Il peccato dell'umanità è stato imputato a Cristo, che ha subito la collera e il castigo di Dio. Mentre Gesù diventa il più grande peccatore della Storia, gli uomini ottengono in cambio l'affrancamento dalla Legge e dalle opere. Questa dottrina — già sostenuta da Lutero e Calvino — è formulata in termini ancor più giuridici da U. GROZIO, *Defensio fidei catholice de satisfactione Christi*, Lugduni Batavorum, 1617. I Cattolici, pur ribadendo che « Jesus Christus [...] sua sanctissima Passione in ligno Crucis nobis Justificationem meruit, et pro nobis Deus Pater satisfecit », ricordano che ciò è avvenuto « propter nimiam charitatem »: *Concilio di Trento*, sess. VI, cap. VII *decretum de iustificatione*. Cristo, perciò, non è colpevole né subisce una punizione ma, da vittima innocente, paga volontariamente per i peccati altrui: COMMISSIONE TEOLOGICA INTERNAZIONALE, *Alcune questioni*, cit., cap. III, nn. 1-22. Per questo, quel Sacrificio è stato al contempo giustizia ed amore, conferma di un

Ma se Dio si riserva il giudizio ultramondano, quello terreno è normalmente amministrato da *potestates* da Lui ordinate, ministre della sua ira ⁽¹¹⁾. Questa impostazione retributiva, che unisce Cielo e terra, caratterizza il pensiero bassomedievale: nei giuristi proto-moderni è ben presente, segno di una *Weltanschauung* ancora radicata.

Come per Gandino « *pœna autem est delicti vel pro delicto satisfactio, quæ propter delicta imponitur* » ⁽¹²⁾, così per Azpilcueta « *omni pœna, si iusta est, peccati pœna est, et supplicium nominatum* » ⁽¹³⁾. Tale concezione porta con sé quella di equivalenza: ai giuristi del Cinquecento non sfugge il principio per cui « *pœna sit commensuranda delicto* » ⁽¹⁴⁾. Lo spiega Deciani, ma lo aveva già

paradigma retributivo e suo superamento. Gesù ha liberato l'umanità schiava del peccato: di nuovo gli uomini potranno cadere e patire, ma sempre potranno accedere al perdono che schiude le porte del Cielo. Nelle ortodossie cattolica e luterana, tale messaggio non contraddice né la retribuzione divina né tantomeno la secolare; ma è chiaro che in esso è riposta una logica nuova, capace di scardinare il meccanismo della mera vendetta. È una giustizia che si apre alla grazia, quella che nasce dal Cristianesimo; in quei gruppi che si richiamano al radicalismo evangelico, la *lex charitatis* si spinge fino alla contestazione dello *ius gladii*. Cfr. J.M. STAYER, *Anabaptism and the Sword*, Kansas, Coronado, 1973.

⁽¹¹⁾ Fondamentale il nesso tra Rm 12, 19 (con l'esplicito rimando a Dt 32, 35) e Rm 13, 1-4: « non vosmetipsos vindicantes, carissimi, sed date locum iræ, scriptum est enim: 'Mihî vindicta, ego retribuam' [...] Omnis anima potestatibus sublimioribus subdita sit. Non est enim potestas nisi a Deo; quæ autem sunt, a Deo ordinatæ sunt. Itaque, qui resistit potestati, Dei ordinationi resistit [...] Si autem malum feceris, time; non enim sine causa gladium portat; Dei enim ministra est, vindex in iram eî, qui malum agit ».

⁽¹²⁾ A. GANDINO, *Tractatus de maleficiis*, rubr. *De pœnis reorum in genere et de percussione et insultu*, n. 1, in H.U. KANTOROWICZ, *Albertus Gandinus und das Strafrecht der Scholastik*, Berlin-Leipzig, de Gruyter, 1926, II, p. 209. Si tratta di una formula tralatizia, riscontrabile anche nella *Summa* di Azzone: G. DIURNI, *Pena criminale (Diritto intermedio)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXII, Milano, Giuffrè, 1982, pp. 763-765.

⁽¹³⁾ M. DE AZPILCUETA, *Commentarius de lege pœnali*, n. 10, in ID., *Opera omnia*, Venetiis, 1602, p. 677. « *Pœna est passio inferens nocumentum [...] inflictâ aut contractâ propter proprium peccatum præteritum* »: A. DE CASTRO, *De potestate legis pœnalis*, Antuerpiæ, 1568, pars I, fol. 17v.

⁽¹⁴⁾ T. DECIANI, *Tractatus criminalis*, Venetiis, 1614, I, lib. II, cap. IV, n. 2, p. 29. « *Quemadmodum enim crimina indifferenter æqualia et gravia non sunt, ita nec pœnæ æque atroces perhibentur, ut quæ delictis semper correspondere debent [...] cum delictis*

affermato Marsili a proposito di tentativo e consumazione ⁽¹⁵⁾. E proprio siffatta equivalenza aveva suggerito, già negli statuti basso-medievali, l'introduzione di castighi che rievocassero il male compiuto ⁽¹⁶⁾. La commisurazione tra pena e delitto, tuttavia, non si esaurisce nel quantificare il valore del bene offeso: occorre valutare anche il grado di *culpa præterita*, la *qualitas facti* e la stessa identità dei soggetti coinvolti (non irrilevante, in un ordinamento gerarchico, ai fini della *mensura delicti*). Il meccanismo di adeguamento non è un rigido legalismo ma l'*arbitrium in puniendo* ⁽¹⁷⁾. Spunti che già circolavano nel diritto medievale, ma che acquistano altro peso nell'ottica del protagonismo giudiziario dei secoli XVI-XVII ⁽¹⁸⁾.

pœnæ proportionabiliter imponi, iisque commensurari debeant»: CARPZOV, *Practica*, cit., pars III, q. CII, n. 1, p. 1 e pars II, q. LI, n. 40, p. 4.

⁽¹⁵⁾ «Cum pena sit commensuranda delicto [...] iuxta mensura delicti erit plagarum modum [...] ubi factum sequitur propositum seu intentionem maius est delictum quam quando non sequitur factum»: I. MARSILI, *Repetitiones*, Lugduni, 1551, rip. *legis unice C. de raptu virginum*, n. 304, fol. 97r. A metà Seicento, tale impostazione sarà lucidamente sostenuta da D. TOSCHI, *Praticarum conclusionum iuris*, Lugduni, 1660, VI, concl. 211, nn. 1-2, p. 83: «Pœna ex culpa et delicto debet commensurari [...] ubi, si delictum est parvum, pœna debet esse modica, et e converso [...] pœna est mensura culpæ, et quod paria debent esse mensura, et mensuratum, quia iustitia nihil aliud est, nisi æqualitas [...] ex quantitate contemptus metitur Deus pœnam reatus. Et inde solet dici, quod in quo quis peccavit, in eo torqueri debet».

⁽¹⁶⁾ Un'analogia che trova suggestivo riscontro nella *Commedia* dantesca, come nota M. CAVINA, *Funzione della pena bassomedievale*, in Id., *Ai confini del problema criminale*, Bologna, BUP, 2015, pp. 57-58.

⁽¹⁷⁾ M. MECCARELLI, *Arbitrium. Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 195-306. «Omnes circumstantias, et qualitates lex ipsa exprimere non potuerit, sed quasdam tantummodo expresserit [...] ideo dedit iudici hanc facultatem et arbitrium, ut secundum facti contingentiam pœnas ipsas arbitrio suo ex caussa auget, minueret, vel mutaret [...] Et per hoc non dicitur iudex esse benignior lege, nec contra legem venire, vel ab eius dispositione recedere, sed potius legem servare [...] per illam regulam, quod pœna est commensuranda delicto»: FARINACCI, *Praxis et theoreticæ criminalis*, Lugduni, 1634, pars I, t. I, q. XVII, nn. 8-9, p. 224. Oltre a vari passi giustinianeï, l'autore rimanda al libro V dell'*Etica nicomachea*, dove si traccia la dottrina dell'*ἐπιείκεια*.

⁽¹⁸⁾ I riferimenti canonistici sono X.5.12.6 e VI.5.95; quelli civilisti D.48.19.11, D.47.9.4.1 e l'*Auth. post* C.6.59.10. Con questo materiale lavorano i moderni, che ne astraggono la formula *pœna est commensuranda delicto*. Più spesso, nel Medioevo, si riscontra un principio analogo solo in apparenza: cioè che la gravità del reato dipende dall'entità della pena data. «Quis iam dubitaverit hoc esse sceleratius commissum, quod

Nell'Età di mezzo, più squillante era stata la voce dei teologi. Tommaso d'Aquino, con argomenti aristotelici ⁽¹⁹⁾, aveva etichettato la materia criminale « iustitia vindicativa », riconducendola al genere « iustitia commutativa » ⁽²⁰⁾. Di conseguenza, tutti i delitti vanno castigati con una retribuzione, da stabilire secondo una proporzione aritmetica che dia rilievo sia alla volontà che all'elemento oggettivo. Per restaurare l'ordine violato ⁽²¹⁾, la pena deve garantire « æqualitas » tra « actio » e « passio » ⁽²²⁾, non tra lesione e « restitutio »: è necessario, pertanto, che il giudice disponga un *quid pluris* afflittivo ⁽²³⁾.

est gravius vindicatum?» : *Decr.* C.24, q.I, c.21. « Crimina dicuntur levia vel atrocia secundum qualitatem pene »: BARTOLO DA SASSOFERRATO, *Commentaria*, Venetiis, 1526, *super Secunda ff. novi, in l. Levia ff. de accusationibus et inscriptionibus*, n. 1, fol. 169v. A ben vedere, tra questa formula medievale e quella cinquecentesca corre una distanza notevole: in entrambe si pone un rapporto tra delitto e castigo, ma la seconda — invertendo i termini dell'equivalenza — indica l'ascesa della *pœna arbitraria*.

⁽¹⁹⁾ Cfr. ARISTOTELE, *Ethicorum ad Nicomachum*, trad. lat. di G. Argiropulo, Romæ, 1698, I, lib. V, capp. 2-4, pp. 202-211.

⁽²⁰⁾ D'AQUINO, *Summa*, cit., *Tertia pars*, q. 85, art. 2; cfr. *ivi*, *Secunda Secundæ*, q. 108, art. 2.

⁽²¹⁾ La cosmologia medievale immagina la creazione come *armonia*: la giustizia divina esige di ripristinare l'ordine turbato dalla corruzione. Secondo Tommaso « peccatum inducit pœnam [...] Dicendum, quod ex rebus naturalibus ad res humanas derivatur, ut id, quod contra aliquid insurgit, ab eo detrimentum patiat [...] Manifestum est autem, quod quæcumque continentur sub aliquo ordine, sunt quodammodo unum in ordine ad principium ordinis: unde quicquid contra ordinem aliquem insurgit, consequens est, ut ab eo ordine, et principe ordinis deprimatur [...] Unde secundum tres ordines, quibus subditur humana voluntas, triplici pœna potest homo puniri. Primo quidem enim subditur humana natura ordini propriæ rationis. Secundo, ordini exterioris hominis gubernantis, vel spiritualiter, vel temporaliter, politice, seu œconomice. Tertio subditur universali ordini divini regiminis. Quilibet autem horum ordinum per peccatum pervertitur, dum ille, qui peccat, agit et contra rationem, et contra legem humanam, et contra legem divinam: unde triplicem pœnam incurrit, unam quidem a seipso, quæ est conscientiæ remorsus, aliam vero ab homine, tertiam vero a Deo »: *Ivi*, *Prima Secundæ*, q. 87, art. 1. Sul rapporto tra cosmologia e teoria del diritto, A. PADOVANI, *Perché chiedi il mio nome? Dio, natura e diritto nel sec. XII*, Torino, Giappichelli, 1997, pp. 35-238; P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 2011, pp. 80-85 e 135-144.

⁽²²⁾ D'AQUINO, *Summa*, cit., *Secunda Secundæ*, q. 61, artt. 1-4; *Tertia pars de Sacramentis*, q. 85, art. 3; *Additiones ad Tertiam partem*, q. 12, art. 2.

⁽²³⁾ *Ivi*, *Secunda Secundæ*, q. 61, art. 3. Ma tale *vindicta* non va esercitata per odio, con l'intento principale di nuocere. Il castigo va finalizzato ad un bene ulteriore:

Nel lessico tomista, il termine « retributio » è specularmente « satisfactio »: dal punto di vista concettuale, quindi, non corre troppa distanza rispetto a Gandino ⁽²⁴⁾. Parlando di commutazione, però, Tommaso accosta i delitti alla logica dei contratti: ed è comprensibile, se pensiamo che la sua opera precede di oltre un decennio quella del giurista di Crema ⁽²⁵⁾. Forse il suo sguardo è rivolto al passato e non sa cogliere a pieno quelle trasformazioni che non sfuggono, invece, a chi pratica i tribunali. Nel discorso, tuttavia, non manca una certa consapevolezza della pubblicità del penale: il crimine, infatti, « non solum damnificavit personam privatam, sed rempublicam, eius tutelæ securitatem infringendo »: la proporzione aritmetica, pertanto, dovrà tener conto anche dell'interesse pubblico ⁽²⁶⁾. In quest'ottica va interpretato anche Gandino ⁽²⁷⁾.

l'emenda, la repressione del male, la giustizia, l'onore di Dio. L'intenzione rende l'atto lecito o meno, approfondendo la funzione di una vendetta che può essere « iustitia » verso Dio o verso l'uomo, ma anche « cohibitio » ed « emendatio »: ivi, *Secunda Secundæ*, q. 108, art. 1.

⁽²⁴⁾ « Emendatio [...] offensæ contra aliquem commissæ non per solam cessationem offensæ, sed exigitur ulterius quædam recompensatio, quæ habet locum in offensis in alterum commissis sicut et retributio: nisi quod recompensatio est ex parte eius qui offendit, ut puta cum satisfactione; retributio autem est ex parte eius in quem fuit offensæ commissæ [...] Sicut est commutatio quædam in beneficiis [...] ita etiam est commutatio in offensis: cum aliquis pro offensæ in alterum commissæ vel invitatus punitur, quod pertinet ad vindictivam iustitiam; vel voluntarie recompensat emendam, quod pertinet ad pœnitentiam [...] Unde manifestum est quod utraque sub iustitia commutativa continetur »: ivi, *Tertia pars*, q. 85, art. 2.

⁽²⁵⁾ È proprio in questi anni che al tradizionale accusatorio — « un'arena processuale » la cui funzione « era chiaramente quella di offrire una mediazione » — si accosta (o s'innesta) il rito *ex officio*, così da trasformare il giudizio in « strumento per la produzione di condannati »: A. ZORZI, *Pluralismo giudiziario e documentazione. Il caso di Firenze in età comunale*, in *Pratiques sociales et politiques judiciaires dans les villes de l'Occident à fin du Moyen Âge*, a cura di J. Chiffolleau, C. Gauvard, A. Zorzi, Roma, École Française Rome, 2007, pp. 130-131. Lo sviluppo, però, non è repentino. Come dimostra M. VALLERANI, *La giustizia pubblica medievale*, Bologna, il Mulino, 2005 il nuovo modello fatica a imporsi, lasciando al vecchio ampio margine di operatività. A metà del guado, l'occhio del Santo scorge ancora nel penale una dimensione commutativa.

⁽²⁶⁾ D'AQUINO, *Summa*, cit., *Secunda Secundæ*, q. 61, art. 4.

⁽²⁷⁾ Considerato, giustamente, una pietra miliare verso la pubblicizzazione del penale. Questa « passata per l'azione ex officio, valorizzata dal potenziamento della funzione di acquisizione delle prove [...] ha il suo fondante punto di appoggio nella personificazione della respublica civitatis e nella sua identificazione come parte offesa in

È per questo che i criminalisti moderni hanno cura di specificare che certi delitti non colpiscono solo l'individuo ma compromettono l'intera società: la materia penale acquista, così, preminenza assoluta (28). La sanzione, pertanto, non solo offrirà « solacium » alla parte lesa, restituendole finanche l'onore perduto; ma provvederà anzitutto a conservare l'autorità delle leggi e del magistrato. Secondo Carpzov, è questo il suo primo scopo, che le merita il nome di τιμωρία (29). Ormai, l'*interesse Reipublicæ* s'intreccia con la ragion di

occasione di un delitto»: M. SBRICCOLI, *Vidi communiter observari. L'emersione di un ordine penale pubblico nelle città italiane del secolo XIII*, in ID., *Storia*, cit., p. 105. Quando Gandino scrive che « omnis deliquens offendit rem publicam civitatis, ubi maleficium committitur, et illum quem ledit » (GANDINO, *Tractatus*, cit., rubr. *De transacione*, n. 10, II, p. 194) e che, pertanto, « publice interest ne maleficia remaneant impunita » (ID., *Tractatus*, cit., rubr. *De poenis reorum in genere et de percussione et insultu*, n. 2, II, p. 210) non sembra smentire la proporzione aritmetica, ma sottolinea (con più forza di Tommaso) che nel computo della *satisfactio* bisogna tener presente la dimensione pubblica dell'offesa. Entrambi hanno iniettato, nella dinamica orizzontale della commutazione aristotelica, una logica diversa di stampo egemonico. « Una volta assicurato alla città il diritto di conseguire una sua soddisfazione, con un repentino spostamento di piano Alberto mette la respublica civitatis nella condizione di esigere una riparazione che essa stessa imporrà, affidandola ai suoi giudici, per mezzo del suo iudicium, dentro il suo sistema penale e con le sue leggi, attraverso la condemnatio: perché la *satisfactio* pretesa dalla città consiste nella irrogazione della pena. Quella stessa civitas che rivendica diritti secondo i principi dello *ius privatorum*, poi ne esige una sorta di self enforcement in termini di *ius publicum*»: SBRICCOLI, *Vidi communiter observari*, cit., p. 104. « La pena rimane vendicativa, ancorché non sia più data dall'individuo; è la vendetta pubblica, anziché la privata, ma lo Stato seguì nel punire il medesimo criterio [...] cercando nel sistema del taglione la misura delle pene, appropriando a sé le composizioni, e il concetto di queste applicando ad ogni rapporto, fino a quello del determinare la soddisfazione che dagli autori del male dovevasi a Dio»: C. CALISSE, *Svolgimento storico del diritto penale in Italia dalle invasioni barbariche alle riforme del secolo XVIII*, in *Enciclopedia del diritto penale italiano*, II, Milano, SEL, 1906, p. 428.

(28) DECIANI, *Tractatus*, cit., I, lib. II, cap. I, n. 4, fol. 18v.

(29) CARPZOV, *Practica*, pars III, q. CL, n. 11, p. 2. Il termine, desunto da Platone, connota l'aspetto affittivo della sanzione. Se la Scolastica medievale trovò nel *Timeo* un modello per le sue costruzioni cosmologiche, nel *Gorgia* il Rinascimento scorge riferimenti alla retribuzione ultramondana. Ma va sottolineato che la τιμωρία platonica non costituisce un fine in sé, né presso gli dei né sulla terra. Se non è indirizzata all'emenda o alla deterrenza, la τιμωρία diviene vendetta ferina, irrazionale. Perciò, mentre Carpzov vi riconosce una *ratio poenæ*, Platone vi ravvisa il castigo nella sua dimensione oggettiva, ritenendo necessario un altro λόγος che la giustifichi. In tal senso PLATONE, *Gorgias*, in ID., *Opera omnia*, trad. lat. di M. Ficino, Lugduni, 1570, p. 256: « Convenit autem

Stato, in una visione marcatamente egemonica: la giustizia non è più un servizio reso ai *cives*, ma una questione di obbedienza da parte dei *subditi* ⁽³⁰⁾. Il Criminalista ha letto i *politiques* e, fatto nuovo, li cita: in queste pagine riecheggiano i nomi di Bodin (*La République*, non sempre condivisa), Besold (*Politica*), Camerarius (*Meditationes historicae*), Grégoire (*De Republica*) e Gerhard (*Quæstiones politicae*).

Nel computo della pena non rientra solo l'interesse dello Stato: alcuni reati offendono direttamente Dio e la natura, e questo non può che incidere. Il Signore ha affidato ai magistrati il compito precipuo di castigare i delitti ⁽³¹⁾: se ciò non avviene, sarà la sua ira a compensare il male commesso. « Sæpe enim ob unius delictum,

omnem qui ab aliquo recte punitur, vel ipsum fieri meliorem utilitatemque percipere, vel cæteris exempla dare, ut alij pœnas eius conspicientes meliores ob timorem efficiantur. Qui vero apud deos et homines ita dant pœnas, ut utilitatem inde aliquam referant, hi sunt qui peccata sanabilia commiserunt, quibus dolor cruciatusque prodest et apud homines et apud inferos. Non enim aliter quis potest ab iniustitia liberari. Qui autem extrema iniustitia detinentur, ac propter eiusmodi delicta sunt insanabiles, ex his exempla sumuntur, ipsique nullam amplius utilitatem inde reportant, utpote qui sanari non possint: sed prosunt duntaxat aliis per exemplum, qui eos intuentur propter flagitia maximis acerbissimisque et terribilissimis pœnis omni tempore cruciatis, tanquam exemplum monimentumque et spectaculum [...] præbentes iniustus omnibus ». Cfr. ID., *Protagoras*, in ID., *Opera omnia*, cit., p. 161. Queste pagine, divenute classiche, danno spunto alla speculazione moderna: da qui — tramite la mediazione di A. GELLIO, *Noctes Atticæ*, Lugduni, 1591, lib. VI, cap. XIV, pp. 215-217 — Grégoire e Carpzov possono desumere i tre concetti di τιμωρία, κόλασις e παράδειγμα. Rispetto ad essi, i due giuristi offrono una gerarchia diversa. Per il Sassone l'ordine è τιμωρία, παράδειγμα e κόλασις. Per il Tolosano viene prima la κόλασις, poi la τιμωρία, infine il παράδειγμα: GRÉGOIRE, *Syntagma*, cit., pars III, lib. XXXI, cap. II, nn. 7-9, pp. 224-225.

⁽³⁰⁾ « Prima est, ut dignitas, autoritasque ejus, in quem peccatum fuit, conservetur; ne scilicet prætermissa animadversio contemptum Magistratus pariat [...] Non enim impune licet leges irridere transgrediendo [...] Sed dignitatem suam Magistratus conservare debet illæsam, quantum fieri potest, ne illa abutantur subditi. Hinc interesse dicitur Reipublicæ, delicta punire »: CARPZOV, *Practica*, pars III, q. CI, n. 11, p. 2. Il Sassone richiama GRÉGOIRE, *Syntagma*, cit., pars III, lib. XXXI, cap. II, nn. 7-8, pp. 224-225 il quale aveva sottolineato il nesso tra τιμωρία e τιμή: « Altera species et nomen aliud pœnæ, τιμωρία, Græcis dicitur, eamque causam animadvertendi esse tradunt, cum dignitas autoritasque ejus, in quem peccatum est, tuenda est: ne prætermissa animadversio ejus contemptum pariat, et honorem eleve. Idcirco id ei vocabulum factum a conservatione honoris putant. Est enim τιμή, honor [...] quoque pro pœna, pro vindicta, ad resarciendum honorem ».

⁽³¹⁾ CARPZOV, *Practica*, cit., pars III, q. CI, n. 8, p. 2.

dum non vindicatur, Deus in universum irascitur populum [...] polluitur ex uno peccatore populus, sicut ex ove morbida grex universus inficitur. Et uno [...] quodcumque scelus committente, plebs universa pœnas patitur ». È quindi opportuno punire il responsabile, ond'evitare che la colpa di uno ricada su molti ⁽³²⁾. Il rogo di Sodoma è memorabile ⁽³³⁾. Suggestioni che vengono da lontano — basti pensare al *De ira Dei* di Lattanzio, ben noto a Carpov ⁽³⁴⁾ — ma che si addensano come nubi minacciose in quel clima di paura e senso di colpa descritto come lato oscuro di questi

⁽³²⁾ GRÉGOIRE, *Syntagma*, cit., pars III, lib. XXXI, cap. II, n. 6, p. 224. « D. Augustinus dixit, per quæ quis peccat, per eadem punitur [...] Quotidiana hoc quoque rerum observatione certum declaratur, vulgo et morale dici solet, 'Ab altero expectes alteri quod feceris. Qui suo proximo bene fecerit, a proximo bona recipiet [...] Qui gladio ferit, gladio perit' [...] Quia igitur Deus et natura non sinunt inulta esse scelera: quomodo homines in magistratu constituti, Dei personam referentes, non animadvertant in peccata? »: J. DE DAMHOUDER, *Praxis rerum criminalium*, Venetiis, 1572, cap. CLV, nn. 1 e 21, foll. 169 e 171v-172r. « Quod si Magistratus in pœnis irrogandis negligens est, Deus ipsemet ad vindictam exurgit [...] Et sic interdum gravitas alicujus delicti exigit, ut delinquens e medio tollatur; ne maledictionem divinam Regioni eo scelere contaminatæ acceleret [...] Ac licet maxima pœnarum irrogatio delinquentem nec juvet, nec corrigat; attamen propter alios nequaquam hæc omittenda erit; ne scilicet ob delictum alterius impunitum, gravius quid aliis, ejusdem Civitatis hominibus contigat »: CARPZOV, *Practica*, cit., pars III, q. CI, nn. 8, 12 e 15, pp. 2-3.

⁽³³⁾ Nella Nov. 141, Giustiniano si era scagliato contro la sodomia « ne per negligentiam hac in re commissam Deum contra nos irriteremus, si actionem tam impiam et prohibitam prætermittamus quæque idonea sit ad bonum Deum in omnium perniciem irritandum ». Con la bolla *Cum primum apostolatus*, n. 1, in *Magnum Bullarium Romanum*, II, Lugduni, 1673, p. 178, Pio V dichiara: « Libidinis naturæ contrariæ vitium execrandum, propter quæ populi et nationes bellorum, famis et pestilentiæ calamitatibus iusta Dei ultione sæpe plectuntur ». Siamo nel 1566, e il documento costituisce un manifesto del pontificato di papa Ghislieri.

⁽³⁴⁾ CARPZOV, *Practica*, cit., pars III, q. CI, n. 8, p. 2. Tra tutti i passi biblici che fanno riferimento all'ira divina, spicca Rm 1, 18. Lattanzio — in polemica con Epicurei e Stoici — aveva sostenuto che « in Deo esse proprie iram, quam ipse nihil aliud esse putavit, quam voluntatem puniendi delicta ». Sebbene tale « affectus » non si traducesse mai in una « vitiosa [...] animi perturbatione », nondimeno andava considerato come « iram secundum propriam et formalem rationem ». La teologia tomista aveva già limitato tale opinione: se l'ira « est appetitio doloris vicissim adversario inferendi », si può parlare di ira divina solo metaforicamente. « Deus autem non potest ab alio tristitiam pati, quantumvis peccatis offendatur, ergo cum punit peccata, non irascitur proprie; sed effectu ipso ira se gerit, ac si esset iratus »: VÁZQUEZ, *Commentariorum*, cit., q. XX, art. II, disp. 84, cap. IV, pp. 692-694.

secoli ⁽³⁵⁾. La Seconda Scolastica non ripudia l'insegnamento tomista: talora, per preservare dai peccati futuri e spingere al bene, Dio può irrogare una pena *in temporalibus* anche a chi è « sine culpa » ⁽³⁶⁾.

Siamo di fronte a una proporzionalità che prende in considerazione parametri soggettivi ed assiologici che appariranno, agli Illuministi, eccessivi se non vacui: non per questo si può dubitare che invece, agli occhi dei criminalisti, appaiano ben fondati ⁽³⁷⁾.

2. Παράδειγμα: *la pena come esempio*.

La pena, però, ha pure un altro scopo: quello di frenare i malvagi *ex ante*, tramite repressione. Anche sotto questo profilo, non pochi spunti provengono dal passato: se l'intimidazione era il perno del penale romano ⁽³⁸⁾, il diritto canonico s'era posto il problema di *tollere scandalum* ⁽³⁹⁾.

Ma non va sottovalutato il contributo della teologia protestante che, sulla scorta del suo pessimismo antropologico, sostiene uno Stato forte e uno *ius criminale* orientato alla *territo*. Per Lutero, la malvagità umana impedisce le opere buone: la salvezza, perciò, si ottiene per sola fede. La giustizia cessa di essere una virtù morale per

⁽³⁵⁾ J. DELUMEAU, *La paura in Occidente. Secoli XIV-XVIII: la città assediata*, Torino, SEI, 1978; ID., *Il peccato e la paura. L'idea di colpa in Occidente dal XII al XVIII secolo*, Bologna, il Mulino, 1987.

⁽³⁶⁾ Tommaso ha cura di specificare che questa facoltà è rimessa all'insondabile provvidenza divina, che sa ricavare dal male fisico un superiore bene spirituale. Si tratta di una pena « ad humiliationem vel probationem », inflitta « sine culpa, non tamen sine causa »: D'AQUINO, *Summa*, cit., *Secunda Secundæ*, q. 108, art. 4. È forte, in queste pagine, l'influenza del Libro di Giobbe e della riflessione agostiniana. Cfr. F.S. DU BOIS, *Commentarii in totam Secundam Secundæ*, Antuerpiæ, 1714, q. 108, art. 4, p. 722.

⁽³⁷⁾ Sembra anacronistica l'accusa d'ipocrisia che S. MOCCIA, *Carpov e Grozio. Dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*, Napoli, ESI, 1979, pp. 26-29 muove al Sassone per screditarne le affermazioni proporzionalistiche.

⁽³⁸⁾ D.1.1.1; Nov. 17.5; Nov. 30.11. Cfr. B. SANTALUCIA, *Metu coercendos esse homines putaverunt. Osservazioni sulla funzione della pena nell'età del Principato*, in *La funzione*, cit., pp. 15-32. A tale impostazione di fondo, il cristianesimo aveva apportato fermenti innovativi: G. BARONE ADESI, *Religio e polifunzionalità della pena tardoantica*, in *La funzione*, cit., pp. 33-91.

⁽³⁹⁾ *Decr. C.23, q.IV, c.33*. Spunti elaborati nel corso del Medioevo da canonisti e civilisti: cfr. i riferimenti segnalati da G. BERTACHINI, *Repertorium*, Venetiis, 1570, pars quarta, v. *Pœnam ad terrorem aliorum debet imponi*, fol. 63r.

divenire virtù teologale infusa dall'alto ⁽⁴⁰⁾. Trasportata la *iustitia* su un piano puramente spirituale, la deterrenza diviene allora il primo *usus legis*, quello che il Riformatore definisce *politicus* ⁽⁴¹⁾. È questo, forse, l'aspetto più caratteristico della pena nella prima età moderna: né le barriere confessionali devono far pensare a una significativa differenza tra le due parti d'Europa, sia perché molti assunti della cultura giuridica restano comuni sia perché un certo pessimismo antropologico dilaga anche nei Paesi cattolici ⁽⁴²⁾. Si fa spazio l'idea che la pena non attui il castigo di un delitto commesso e irrimediabile, ma miri ad evitare peccati futuri, tanto da parte del reo che da parte di terzi ⁽⁴³⁾. Un concetto gravido di premesse, declinato *in primis* secondo logiche intimidatorie; stante la debolezza degli apparati di sicurezza e controllo, « el recurso al miedo como táctica de gobierno era una tentación invencible » ⁽⁴⁴⁾.

Così, purgata la provincia dai malvagi e allontanata la vendetta

⁽⁴⁰⁾ C. DE PASCALE, *Giustizia*, Bologna, il Mulino, 2010, pp. 60-61.

⁽⁴¹⁾ H.J. BERMAN, *Diritto e rivoluzione*, II, Bologna, il Mulino, 2010, pp. 133-134 e 274; M. VILLEY, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, Milano, Jaca book, 1986, pp. 250-253. Due scritti, in particolare, segnano l'apologia della violenza di Stato: *Sull'autorità secolare, fino a che punto le si debba ubbidienza* (1523) e *Se anche le genti di guerra possono giungere alla beatitudine* (1526). Non stupisce che proprio Carpov dedichi ampio spazio a questo aspetto; il Giurista ricorda Ez 33, 48, lì dove il Signore stabilisce castighi esemplari contro le adultere, al fine di ammonire le donne oneste. Cfr. CARPZOV, *Practica*, pars III, q. CI, n. 16-17, p. 3.

⁽⁴²⁾ Nella politica, tramite il Machiavellismo: S. ZEPPI, *Studi su Machiavelli pensatore*, Milano, Cesviet, 1976. Nella teologia, tramite Baio e il Giansenismo: H. DE LUBAC, *Agostinismo e teologia moderna*, Bologna, il Mulino, 1968. La deterrenza prevale sulle altre *causæ puniendi* secondo C. CALISSE, *Storia del diritto penale italiano dal secolo VI al XIX*, Firenze, Barbera, 1895, pp. 173-178.

⁽⁴³⁾ « Castigare noxam oportet, non ob præteritum delictum, cum id corrigi nequeat, sed ne iterum peccet: tum ne ipsius exemplo cæteri quoque peccent. Quod fit, si crimina non puniantur: facilitas veniæ, incentivum tribuit delinquendi [...] si ea quæ male usurpantur, omittimus, excessus viam alij aperuimus [...] Punienda ergo sunt maleficia, ut unius poena metus possit esse multorum »: DE DAMHOUDER, *Praxis*, cit., proemium, nn. 6-9, fol. 1v. Cfr. FARINACCI, *Praxis*, cit., pars I, t. I, q. XVII, n. 3, p. 222. La formula è tratta delle *Leggi* di Platone, come ricorda P. FOLLERIO, *Canonica Criminalis Praxis*, Venetiis, 1570, pars II, cap. 33, n. 10, p. 267. I passi citati dimostrano come essa si diffonda ben prima del riformismo settecentesco, diversamente da quanto sostiene J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, Paris, PUF, 2000, p. 281.

⁽⁴⁴⁾ F. TOMÁS Y VALIENTE, *El derecho penal de la monarquía absoluta*, Madrid, Tecnos, 1992, p. 357.

divina, le istituzioni assicurano che la « publica lætitia » non sia turbata ⁽⁴⁵⁾. « Exempli dandi ratio haud exigua est, ut mali deterreantur ab improbitate, et boni sint in virtute constantes », sostiene il cattolico Damhouder; « mali per severas minas ab inobedientiam deterreantur », ribadisce il luterano Carpzov ⁽⁴⁶⁾. Pertanto, « in pœnis dictandi non modo delinquentis personam ac corpus esse considerandum, sed ipsum παράδειγμα, quo alii meliores reddantur, et a criminibus deterreantur » ⁽⁴⁷⁾.

La pena come παράδειγμα, una lezione per tutti ⁽⁴⁸⁾: perciò si consiglia un'esecuzione pubblica, immediata e sul luogo del delitto ⁽⁴⁹⁾. Ciò può condurre ad esiti estremi, ritenuti tuttavia molto istruttivi per la folla: come in caso di bestialità, laddove il reo è bruciato insieme all'animale ⁽⁵⁰⁾. Si spiega così l'*escalation* della pena di morte, corollario di un penale che forgia l'obbedienza politica e confessionale ⁽⁵¹⁾. Lesa maestà ed eresia sono lo spettro da esorciz-

⁽⁴⁵⁾ L'argomento della *lætitia*, adoperato già da Baldo, è tratto da C.1.4.3.1. Lo invocano T. GRAMMATICO, *Decisiones*, Venetiis, 1551, dec. XXXVI, n. 1, fol. 45r; CARPZOV, *Practica*, cit., pars III, q. CI, n. 7, p. 2. L'assonanza rispetto alla *pax civitatis* non tragga in inganno: questo penale non si contenta della mediazione tra parti, non cerca più la mera restaurazione dell'equilibrio sociale. I fini di un tempo vengono intrecciati in un ordito complesso, dove le ragioni dell'ordine pubblico assumono inedita rilevanza e la felicità aristotelica è declinata secondo una sensibilità moderna.

⁽⁴⁶⁾ DE DAMHOUDER, *Praxis*, cit., cap. CLV, n. 22, fol. 172r; CARPZOV, *Practica*, cit., pars III, q. CI, n. 2, p. 1.

⁽⁴⁷⁾ CARPZOV, *Practica*, cit., pars III, q. CI, n. 18, p. 3.

⁽⁴⁸⁾ GRÉGOIRE, *Syntagma*, cit., pars III, lib. XXXI, cap. II, n. 11, p. 225.

⁽⁴⁹⁾ « Ut cæteri ad ipsum reum punitum intuentes absteineat se a delictis »: MARSILI, *Repetitiones*, cit., rip. *legis unicæ C. de raptu virginum*, nn. 141 e 143, foll. 89v-90r.

⁽⁵⁰⁾ « Si homo se cum bestia carnaliter commiscuisset, tunc propter detestationem criminis, et ad terrorem aliorum, si homo esset propterea suspendendus, vel combutendus, pariter facerem ipsum animal irrationale cum ipso homine suspendi aut comburi »: G. CLARO, *Practica criminalis*, par. *Finalis*, q. XCIX, n. 8, in Id., *Series tractatum*, Venetiis, 1614, fol. 365r. La pratica trovava esplicito riscontro nella *lex canonica* (*Decr.* C.15, q.I, c.4) ed in quella *divina* (Lv XX, 15). La stessa logica spinge a distruggere le case dove sono stati commessi i crimini « in exemplarem et graviorem pœnam, et detestationem delicti »: GRÉGOIRE, *Syntagma*, cit., pars III, lib. XXXI, cap. II, n. 12, p. 225.

⁽⁵¹⁾ M. SBRICCOLI, *Crimen læsæ maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, Milano, Giuffrè, 1974. In Italia, il ricorso al

zare, anche tramite l'esperazione del supplizio e l'oltraggio al cadavere ⁽⁵²⁾.

Scelte di politica criminale dettate da esigenze più o meno contingenti: talora affidate all'*arbitrium* del giudice in sede d'irrogazione; più spesso operate a monte, in quella selva di prammatiche che cercano di affrontare l'emergenza. Nella *decisio XXXVI*, Grammatico teorizza questo potere in modo brillante. Se è vero che al giudice è accordato tale arbitrio « ut possit in delictis gravibus usque ad mortem extendere », a maggior ragione il Viceré è legittimato ad emanare bandi che inaspriscano la pena « ob frequentiam delictorum »: agisce in nome della Maestà Cattolica ed è noto che nel principe « omnis poena est arbitraria ». Se dunque, in astratto, « officiales ex causa possint facere statuta contra ius commune », nel caso di specie l'opportunità d'imporre procedure e sanzioni più rigorose sembra indiscutibile. « Breve tempore duorum mensium et

patibolo si fa più frequente sin dal Trecento: lo *ius gladii* appare un formidabile strumento per affermare poteri politici di discutibile legittimità. L'Europa moderna, attraversata da tensioni politiche, religiose e sociali, scorge nel boia l'infamia e la salvezza; Lutero stesso ne tesse le lodi. I giuristi considerano l'estremo supplizio uno strumento inevitabile, con la coraggiosa parziale eccezione di A. ALCIATO, *De verborum significatione*, v. *Capitalis poena*, in Id., *Opera omnia*, Lugduni, 1559, III, fol. 243: « At hodie in penis mera carnificina est, et per leges municipales vel strangulantur, vel decollantur, vel exuruntur, vel mutilantur rei: qui si in opus publicum damnarentur, et perpetuam poenam subirent, idcirco acriorem, et maiori cæteris exemplo essent, publicæ utilitatem aliquam afferentur ». Nel suggerire i lavori forzati perpetui, l'Autore si appella alla scarsa deterrenza della pena capitale, ribaltando un luogo comune. L'argomento tornerà in Beccaria: lungi dal celebrare forzati precorrimenti, ci limitiamo a sottolineare l'originalità di Alciato che, peraltro, poteva già scorgere nella prassi la diffusione della *damnatio in metallum* e delle triremi.

⁽⁵²⁾ La pena di morte poteva essere aggravata strascinando il reo o tormentandolo con tenaglie arroventate. Una volta deceduto, poteva essere sottoposto allo squartamento: le parti venivano esposte agli angoli della città. Diversamente da quanto accadeva in Italia, dove la pietà religiosa si curava della sepoltura, « in Francia e in Spagna i corpi venivano lasciati esposti al pubblico per ordine dei giudici, affinché con la loro presenza terrorizzassero le popolazioni e mantenessero vivo l'orrore e la detestazione dei fatti »: A. PROSPERI, *Delitto e perdono. La pena di morte nell'orizzonte mentale dell'Europa cristiana*, Torino, Einaudi, 2013, p. 464. Nel sec. XVI si diffonde l'uso di giudicare i reati atrocissimi anche *post mortem*, eseguendo la condanna sul cadavere: A. ERRERA, *Ac si vivus esset. Sanzione penale e morte del reo nell'esperienza del diritto comune*, in *A Ennio Cortese*, a cura di I. Birocchi, M. Caravale, E. Conte, U. Petronio, Roma, Il Cigno, 2001, I, pp. 564-566.

minus fuerunt aggressæ et scalatæ viginti quator pene domus, non absque aliquibus monasterijs»: crimine che avviene perlopiù di notte e suscita allarme. Una diffusa sensazione d'insicurezza attraversa questi secoli⁽⁵³⁾; ormai intollerabile, questo attentato alla pudicizia giustifica l'esecuzione immediata, sul posto, « absque aliquo processu, aut actis, seu solemnitate ». Decapitazione per i nobili, forca per i popolani: « iuris terminos excedendo », il bando mira « potius ad terrorem, quam ad valorem », mentre la stessa « ultionem » appare come obiettivo secondario. La conclusione è netta: « ob delictorum frequentiam, et pariter enormitatem iura transgredi liceat, et gravius delicta puniantur »⁽⁵⁴⁾.

Castighi esemplari, spettacolarizzazione, pene infamanti⁽⁵⁵⁾: le istituzioni dichiarano guerra ai disobbedienti. Eppure è proprio questa logica intimidatoria a far sì che « selezionati i casi [...] politicamente o socialmente significativi [...] un uso duttile dello

(53) Si pensi alla piaga del banditismo, che lo Stato affronta ricorrendo all'*arbitrium in procedendo* ed *in puniendo*: L. LACCHÈ, *Latrocinium. Giustizia, scienza penale e repressione del banditismo in Antico Regime*, Milano, Giuffrè, 1988, pp. 32-49 e 205-283.

(54) GRAMMATICO, *Decisiones*, cit., dec. XXXVI, foll. 45r-46r. Il bando venne pubblicato nel 1542 per volontà di Pedro de Toledo: P. GIANNONE, *Storia civile del Regno di Napoli*, Milano, 1846, IV, lib. XXXII, cap. I, p. 526. Il Viceré fu protagonista di un accentramento vigoroso e contestatissimo: la riflessione sorge in un contesto politico stimolante. Cfr. A. CERNIGLIARO, *Patriæ leges, privatæ rationes. Profili giuridico istituzionali del Cinquecento napoletano*, Napoli, Jovene, 1988, pp. 71-234. La stretta non produsse frutti duraturi, se già nel 1560 il Duca d'Alcalà emanò una nuova *pragmatica de schalis: Nuova collezione delle prammatiche del Regno di Napoli*, XIV, Napoli, 1805, tit. CCLXI, pragm. I, p. 30. Connivenze, indulgenze, intimidazione e inefficacia sono gli ingredienti di una vicenda che può dirsi paradigmatica.

(55) Il mondo si apre a nuovi orizzonti geografici ma la città moderna costituisce ancora una *face to face society* dominata dalla cultura della vergogna. In tale ambiente, l'onore resta un bene prezioso: marchio, gogna, *chivari* e pittura infamante sono sanzioni temute. Nel Medioevo davano voce al disprezzo della comunità e, talora, sfuggivano perfino al controllo pubblico. In Età moderna lo Stato è sempre più regista di tali spettacoli. Umiliare senza uccidere significa lanciare un monito perpetuo: come un paria, l'infame circola tra la folla rievocando l'esecrabilità della condotta e l'indegnità della persona. Cfr. F. MIGLIORINO, *Fama e infamia. Problemi della società medievale nel pensiero giuridico nei secoli XII e XIII*, Catania, Giannotta, 1985; G. TODESCHINI, *Visibilmente crudeli. Malviventi, persone sospette e gente qualunque dal Medioevo all'Età moderna*, Bologna, il Mulino, 2007.

strumento giustizia si sarebbe applicato per la restante, vasta sfera della penalità » (56). Il castigo può esser crudo, se occorre sedare lo scandalo e ribadire l'autorità, ma non è inesorabile. Inoltre, anche quando l'emergenza altera la valutazione aritmetica del delitto, non si può dire che l'inasprimento sia privo di *causa* (57); né che, almeno in teoria, evaporino qualsiasi anelito alla proporzione: infatti « *pœnæ hæc exemplaris maior est, non absolute tamen, sed ratione delicti, cui imponitur* » (58).

Che l'etichetta commutativa fosse obsoleta appariva chiaro da tempo (59). Il penale egemonico, ormai consolidato, reca con sé nuovi criteri, irriducibili ad una logica orizzontale. Se da un lato la pena esorbita il disvalore del crimine, dall'altro si levano voci favorevoli al monopolio statale della violenza. Due fattori che attraggono, inevitabilmente, la *iustitia vindicativa* nel campo della *distributiva*. Di natura squisitamente pubblicistica, essa si regge sulla proporzione geometrica, che moltiplica gli effetti rispetto alla misura della condotta. Non sarebbe opportuno applicare ai malvagi la stessa regola con cui il Principe elargisce onori ai virtuosi? Se Vitoria sfiora la questione (60) e Melantone sembra confondersi (61), Soto l'af-

(56) G. ALESSI, *Il processo penale. Un profilo storico*, Roma-Bari, Laterza, 2001, p. 99.

(57) Perché in ogni caso « *pertineat ad favorem reipublicæ punire maleficia, ad hoc ut provincia purgetur malis hominibus* »: E. BOSSI, *Tractatus varii*, Venetiis, 1562, fol. 279v. Ad esempio, « *abigeos durissime puniendos, non ubique tamen, sed ubi frequentius est id genus maleficiis* »: GRÉGOIRE, *Syntagma*, cit., pars III, lib. XXXI, cap. II, n. 11, p. 225.

(58) « *Nec putandum est, eam mortem semper habere: quamvis et in ea etiam, et in modo inferendi supplicij sit paradeigma* »: GRÉGOIRE, *ibidem*.

(59) Già nella prima metà del Trecento pittori e moralisti esprimono, da profani, la natura non commutativa del penale: M. SBRICCOLI, *La benda della Giustizia. Iconografia, diritto e leggi penale dal Medioevo all'Età moderna*, in Id., *Storia*, cit., pp. 176-178.

(60) La qualificazione della pena, pur prospettata come problema, viene presto ridimensionata dal Domenicano, che limita la sua analisi al castigo divino. Quanto alla misura, esso ha natura distributiva perché « *nulla servatur equalitas* »: e, tuttavia, segue la « *rationem commutativæ iustitiæ* » in relazione all'identità del destinatario e alla legge violata. In questo, de Vitoria si discosta apertamente da Tommaso, che aveva considerato la pena divina un esempio di commutazione. F. DE VITORIA, *Scholia in secunda secundæ Sancti Thomæ de Aquino*, Biblioteca general histórica de la Universidad de Salamanca, ms. 43, q. 61, art. 4, fol. 246r.

fronta sul serio: ma il suo tomismo impedisce un esito innovativo ⁽⁶²⁾.

Più dirompente Bodin, che accosta le pene ai premi e cioè all'oggetto della giustizia distributiva. La pubblica prosperità dipende dalla saggia distribuzione di entrambi da parte dell'autorità: senza, lo Stato è destinato al collasso ⁽⁶³⁾. Con un'aspra invettiva, il teorico della sovranità demolisce la qualificazione commutativa del penale: tesi assurda, che testimonia come Aristotele non avesse minima pratica di leggi e tribunali. Nella proporzione aritmetica « il n'y a distinction ny du lieu, ny de la qualité des personnes, ny de l'aage, ny du sexe, ny du temps »: non considerando « que le forfait est trop frequent » e non valutando il « mauvais exemple et scandale », essa è incapace di produrre un'efficace deterrenza. « Mais comment seroit la forme egale à tous pieds, s'ils ne sont tous de mesme grosseur, grandeur or largeur? [...] Toutes ces circonstances, et un

⁽⁶¹⁾ In un primo momento riconduce il penale alla giustizia commutativa, assieme ai contratti. Poche pagine dopo, però, le pene si affiancano ai premi come oggetto della giustizia distributiva: F. MELANCHTHON, *Moralis philosophiæ epitome*, Lugduni, 1542, pp. 60 e 62.

⁽⁶²⁾ Soto sa bene che i supplizi non sempre si limitano « ad æqualitatem sceleris », ma che talora « habeant imaginem distributivæ, quod nequiores acrius puniuntur ». D'altro canto, è suo interesse affermare « quod soli principi incumbit pœnas exigere pro culpis, quod specimen gerit distributivæ iustitiæ ». A fronte dell'opinione tradizionale, è possibile una nuova qualificazione della « iustitia vindicativa »? L'imbarazzo è evidente. Il Teologo ricorda come, nell'*Etica nicomachea*, giustizia commutativa e distributiva costituissero due specie di giustizia particolare: entrambe, cioè, ordinate alle persone private. Esiste, però, un'altra forma di giustizia, operante su un piano qualitativamente diverso: la giustizia legale, ordinata al bene comune. Così, il Castigliano escogita una soluzione. « Bifariam contemplari posse iustitiam vindicativam: uno videlicet modo quatenus ad publicam iustitiam pertinet quæ cives ordinat in bonum commune. Et hac ratione actus est a commutativa iustitia elicitus: imperatus autem a iustitia legali, quæ est in principe, eiusque ministris. Iudex enim non tantum accusante reo, verum ex proprio officio ob tranquillitatem reipublicæ crimina ulciscitur. Aio autem esse hoc munus iustitiæ commutativæ, propterea quod nulla sit ibi bonorum distributio: nec proprie malorum [...] respublica per ultionem æqualem crimini, et reddit malefactori quodammodo æquale, et suum recuperat honorem, quæ vera est iustitiæ commutatio ». Con tale qualificazione ibrida, il Domenicano salva (a fatica) la vecchia etichetta, ma chiarisce che tale giustizia « nisi per publicam potestatem exequi nequeat »: è questo, in fondo, il risultato che più gli preme. D. DE SOTO, *De iustitia et iure*, Lugduni, 1582, lib. III, q. V, art. I, foll. 85-86v.

⁽⁶³⁾ J. BODIN, *Les six livres de la Republique*, Paris, 1578, lib. V, cap. IV, p. 535.

million d'autres semblables, ne se peuvent tailler à une forme, suivant l'égalité inegale de la iustice arithmetique » (64). Per ottenere una risposta sanzionatoria elastica, capace di adeguarsi ai tempi, agli umori, agli *status*, alle situazioni, l'ideale sarebbe osservare la proporzione armoniosa, via media tra quella aritmetica e quella geometrica. Nondimeno, Bodin ritiene sufficiente anche quest'ultima (65).

Il dibattito filosofico è elevato ma non manca di suscitare l'attenzione di qualche giurista. Anzi, è interessante notare come sia evocato da Grammatico, un pratico non privo di interessi umanistici. Richiamando l'insegnamento di Solone, il giudice della Vicaria precede Bodin nell'esaltare l'importanza di premi e pene per la *Respublica* (66). In pieno Seicento, Carpzov e Matthes raccoglieranno i frutti di tali riflessioni, non esitando a definire distributiva la giustizia penale e ad invocare la proporzione geometrica (67).

(64) Ivi, lib. VI, cap. VI, pp. 756-757 e 761-762.

(65) Ivi, lib. VI, cap. VI, p. 756. Cfr. D. MAROCCO STUARDI, *La teoria della giustizia armonica nella République*, in « Pensiero politico », XIV (1981), pp. 134-144; D. QUAGLIONI, *Il problema penale nella République di Jean Bodin*, in *Individualismo Assolutismo Democrazia*, a cura di V. Dini, D. Taranto, Napoli, ESI, 1992, pp. 13-26.

(66) « Solon ex septem sapientibus unus putavit Rempublicam duobus contineri, videlicet præmio, et pœna »: GRAMMATICO, *Decisiones*, cit., dec. XXXVI, n. 1, fol. 45r. Annotazione breve, ma messa in risalto come per fornire una chiave ermeneutica; l'argomento è tratto dalle *Epistolæ ad Brutum* di Cicerone.

(67) « Nisi enim per justitiam distributivam præmia bonis, pœnæ malis ac facinorosis irrogentur: Leges in extremum deducuntur contemptum, ac consequentia necessaria Respublica pœssum ire cogitur »: CARPZOV, *Practica*, cit., pars III, q. CI, n. 2, p. 1. Da segnalare l'emblematica posizione di Matthes. L'Olandese parte con un pregiudizio: difendere Aristotele e condannare Bodin. Sembra però non aver letto l'*Etica*, o averla quantomeno fraintesa, laddove afferma: « probata est Aristotelis doctrina; qui in commutationibus quidem proportionem Arithmeticam, in pœnis præmiisque distribuendis Geometricam jussit observari ». Come già visto, invece, Aristotele aveva collocato le pene nell'ambito della commutazione e della proporzione aritmetica! Prosegue Matthes: « A qua Aristotelis doctrina licet recedat Bodinus, tertiamque proportionis speciem, ex Arithmetica et geometrica mista, quam Harmonicam vocat, observari velit, non tamen video ullam validiorem rationem, quæ nos a philosophorum principe, atque ab antiquitatis consensu discedere cogat ». La difesa di (un presunto) Aristotele va avanti, fondandosi su un argomento assai poco aristotelico, ma evidentemente caro alla sensibilità moderna dell'Autore: aderire alla proporzione armonica significa lasciare troppo spazio all'arbitrio del giudice, mortificando la legge. « Non enim

Presumibilmente, la prassi rimane aliena dall'astrusa matematica proposta dai filosofi: è difficile pensare che giudici e legislatori, nel fissare la pena, tenessero conto dei rapporti di proporzione aritmetica, armonica o geometrica. La discussione, tuttavia, resta importante perché riflette la mutazione genetica dello *ius criminale*: trasformazione in parte già compiuta tra XIII e XV secolo, alla quale però anche teologi, filosofi e *politiques* del Cinquecento intendono contribuire con le loro concettualizzazioni.

3. Κόλασις: la pena come medicina.

C'è poi un altro fine da perseguire tramite la pena, forse il più ambizioso: quello di emendare il reo. Sotto questa luce, essa va definita κόλασις: così suggerisce Grégoire, che pone tale obiettivo al di sopra di ogni altro. « Pœna est quædam ad emendandum homines inducta, qua tentant nomothetæ meliores reddere »: carica di valenza pedagogica, diviene « publica admonitio », una « correctio » dettata « eius gratia, qui patitur »⁽⁶⁸⁾. Riportare il reo sulla retta via: risultato possibile, se si accede a un'antropologia positiva o moderata e si ammette il libero arbitrio.

Ma se il reo può guarire dal male morale, allora la pena è davvero la medicina dell'anima⁽⁶⁹⁾. La similitudine tra giudice e

ita pœnas in arbitrio iudicis esse volumus, ut sine legibus manu omnia gubernet ». Confutato Bodin, Matthes cerca di limitare anche (il presunto) Aristotele. « Neque hæc nostra sententia est, in distributionibus pœnarum semper et omni casu observandam proportionem Geometricam; sed dominari in distributionibus Geometricam, in commutationibus Arithmeticam [...] In publicis quoque criminibus vindicandis geometricam proportionem plerunque sequimur; interdum sane Arithmeticam ». Partito da una professione di aristotelismo, l'Olandese conclude con una soluzione ibrida, paradossalmente più vicina a quella di Bodin che non a quella (autentica) dello Stagirita. A. MATTHES, *De criminibus*, Antwerpiae, 1761, lib. XLVIII, tit. XVIII, cap. IV, n. 7, p. 610.

⁽⁶⁸⁾ GRÉGOIRE, *Syntagma*, cit., pars III, lib. XXXI, cap. II, nn. 2-3 e 7, pp. 224-225. Determinante l'insegnamento di PSEUDO-ARISTOTELE, *Rhetoricorum libri*, Basileæ, 1545, trad. lat. di E. Barbaro, lib. I, cap. XXIX, p. 263: « Differt autem ab animadversione vindicta, quod animadversio ('κόλασις') constituitur gratia eius in quem animadvertendum est: vindicta ('τιμωρία') vero gratia eius qui vindictam infert, videlicet ad explendam libidinem ulciscantis ».

⁽⁶⁹⁾ « Delictorum punitio iniquitatis et malorum medicina est »: FARINACCI, *Praxis*, cit., pars I, t. I, q. XVII, n. 3, p. 222.

medico è frequente e istruttiva ⁽⁷⁰⁾. « Sicuti Medico indecora sunt multa funera, meliorque censetur, qui morbum excludit et prohibet, quam qui pharmacis expellit acceptum; ita multo præstabilius est efficere, ne facinora perpetrentur, quam si patrata condignis puniantur suppliciis » ⁽⁷¹⁾. Nemmeno la legge migliore, tuttavia, può scongiurare il crimine una volta per tutte. Di fronte ad esso non bisogna ricorrere subito a soluzioni drastiche: è necessario tentare la redenzione, proprio come un buon medico non nega la cura perfino ai pazienti più disperati ⁽⁷²⁾. Come non c'è terapia efficace per ogni malato, così la ricetta del giudice non può essere uguale per ogni malfattore. Di solito, conviene usare metodi persuasivi nel procedere e carità nel punire ⁽⁷³⁾: di fronte all'ostinazione del reo, però, giova

⁽⁷⁰⁾ Il parallelo tra giurisprudenza e medicina, caro agli umanisti Salutati e Tiraqueau, ha alle spalle una tradizione risalente: G. ROSSI, *Incunaboli della modernità. Scienza giuridica e cultura umanistica in André Tiraqueau*, Torino, Giappichelli, 2007, pp. 191-229. La metafora medicinale era diffusa nel Medioevo, con una differenza significativa. Per il canone *Ommes utriusque sexus* (X.5.38.12), giudice-medico per eccellenza era il confessore, chiamato a guarire i mali dell'anima. Medicina dei costumi era perciò la *Pœnitentia* sacramentale, concepita come tribunale di foro interno che emetteva sentenze di assoluzione (o ritenzione), obbligando il fedele contrito ad opere di soddisfazione. Nei Paesi cattolici tale dottrina è ribadita da *Concilio di Trento*, sess. XIV, capp. VI e VIII *de pœnitentia*. Nell'Europa protestante, invece, il Sacramento conosce una profonda destrutturazione, che dalla degiuridicizzazione luterana porta alla negazione calvinista: P. PRODI, *Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, Bologna, il Mulino, 2000, pp. 251-258, 283-288 e 297-306.

⁽⁷¹⁾ CARPZOV, *Practica*, cit., pars III, q. CI, n. 1, p. 1. Un concetto già delineato da J. LIPS, *Politicoꝝ sive civilis doctrinæ*, Lugduni Batavorum, 1628, lib. II, cap. XIII, p. 83.

⁽⁷²⁾ « Et quamvis aliquando videatur reus incorrigibilis, et insanabilis: tamen remedia quædam et pœnas ordine servato imponi oportet, ut exploremus si forsitan emendetur. Non secus quam in morbis desperatis medici, quamvis mortis proximæ præsentia cognoverint: tamen pharmaca propinare non omittunt ægrotis, et congrue medentur »: GRÉGOIRE, *Syntaxma*, cit., pars III, lib. XXXI, cap. II, n. 3, p. 224.

⁽⁷³⁾ « Æquitati in primis studendum est, præstatque mitiore pœna crimina punire, quam rigore extremo procedere. In morborum curatione, imo etiam in ipsa sanitatis conservatione medici statuunt omne nimium esse noxium. Sed in civilibus et criminalibus rigor iustitiæ formam eius, quod nimium dicitur, repræsentat. Esset igitur rigor formidandus in multis, nisi sicut extremis morbis extrema exquisite remedia optima sunt »: DE DAMHOUDER, *Praxis*, cit., cap. CLV, nn. 24-22, fol. 172r. « Plus erga corrigendos agat benevolentia, quam severitas, plus cohortatio, quam comminatio, plus

più la severità che la mitezza. Infine, « prout de membro putrido et insanabile, quod merito abscinditur a corpore », l'irriducibile va eliminato, cosicché il suo male non contagi tutto il popolo (74).

In quest'ottica, la pena diventa più sensibile al profilo soggettivo e alla capacità di ravvedimento che non al fatto in sé: la prospettiva cambia ma l'oggetto si conferma strumento duttile nelle mani del giudice. La *reiteratio* diviene un indicatore formidabile, capace di aggravare procedimento e sanzione. La regola « semel malus, semper præsumitur malus » etichetta il recidivo come malvagio e pericoloso: nei suoi confronti, l'ordinamento agirà in modo più energico (75). A tal proposito, i canonisti medievali avevano già formulato la dottrina dell'*incurregibilitas*: ancora in auge nelle corti ecclesiastiche, torna buona come modello per la giustizia secolare (76).

caritas, quam potestas, cum nemo nostrum sine reprehensione et sine peccato vivat »: FARINACCI, *Praxis*, cit., pars I, t. I, q. XVII, n. 4, pp. 222-223.

(74) DE CASTRO, *De potestate*, cit., fol. 56r. « Summa pietas est in delinquente sævire: quia cum uni indulgetur indigno, ad prolapsionis contagium provocantur universi »: FARINACCI, *Praxis*, cit., pars I, t. I, q. XVII, n. 3, p. 222. « Alioquin enim societas hominum ulla vix consistere poterit, nisi corrupti mores emendentur. Ex quibus paulatim tabe infecta, necessarium est, ut tandem intereat, nisi celeriter ab initio subveniatur: ut in morbis corporis accidit [...] Et mors, ubi desperatio emendationis est, infligitur. Atque necessarium est ferro abscindi vulnera, quæ fomentorum non sentiunt medicinam: ut vulgare axioma medicorum est, extremis morbis extrema esse remedia adhibenda »: GRÉGOIRE, *Syntagma*, cit., pars III, lib. XXXI, cap. II, nn. 3-4, p. 224. Persiste la metafora organicista, tipica del costituzionalismo medievale: G. BRIGUGLIA, *Il corpo vivente dello Stato. Una metafora politica*, Milano, Mondadori, 2006, pp. 15-76.

(75) La regola opera « dummodo simus in eodem, vel simili genere mali, secus in diverso »: emerge un chiaro nesso con la categoria morale del vizio: FARINACCI, *Praxis*, cit., pars I, t. I, q. XXIII, nn. 20-32, pp. 298-300. Cfr. B. DURAND, *Arbitraire du juge et consuetudo delinquendi: la doctrine pénale en Europe du XVI au XVIII siècle*, Montpellier, Société d'histoire du droit et des institutions des anciens pays de droit écrit, 1993.

(76) Quando si dispera dell'emenda, tutelare la comunità dallo scandalo diventa un obiettivo prioritario; regola cardine è *Decr. C.23, q.IV, c.32. Incurregibilis* è chi, subito l'anatema, persevera nell'impenitenza; ma anche chi — già condannato, pentito, assolto e magari dispensato — ricade nello stesso crimine: N. DE' TEDESCHI, *Commentaria*, Venetiis, 1588, III, *super prima Secundi libri Decretalium*, rub. *De iudicijs*, c. *Cum non ab homine*, n. 27, fol. 37v. Tra i canonisti, riecheggiano i versi di Pv 26, 11: « Sicut canis, qui revertitur ad vomitum suum, sic stultus, qui iterat stultitiam suam ». Tali principi sono ancora applicati dalla canonistica cinquecentesca, specie in caso di eresia o concubinato. Specularmente, « princeps si semel delinquenti indulgeret, facinoroso

Ma il superamento del paradigma retributivo trova ulteriore riscontro nell'indagine più sottile della psicologia del reo. Una *culpa* attenuata non significa solo minor repressibilità del *crimen*, degradandolo ad una sorta di peccato veniale, ma comporta anche minori esigenze correzionali. L'*arbitrium iudicis* suggerirà l'opportunità di ridurre o finanche escludere la pena, appellandosi a quelle *causæ mitigationis* che la criminalistica eredita dall'etica classica e dalla teologia morale. Il tema entra prepotentemente nel dibattito giuridico col *De pœnis temperandis* di Tiraqueau (1559), sintesi esemplare di erudizione culta e concretezza ⁽⁷⁷⁾.

Anche la vocazione medicinale, a ben vedere, non costituisce una novità cinquecentesca. I criminalisti fondano il rapporto tra *pœna* e *medicina* su C.9.15.1: appiglio poco calzante, perché la costituzione si limitava ad accordare agli adulti la *potestas corrigendi* sui minori, limitando la cognizione dei giudici ⁽⁷⁸⁾. Con gli strumenti della dialettica, però, se ne poteva inferire una *regula* valida per casi simili; e il popolo, in fondo, versa in condizione di perpetua minorità. Estrapolati dal proprio contesto, alcuni passaggi della disposizione erano già stati ripresi dalla gl. *Pœna* ad X.3.1.13. Si tratta di un testo importante: fissa la metafora medicinale; puntualizza che in casi estremi « *nesesse est ut ferro abscindantur vulnera* »; soprattutto — con la formula « *docendus est populus* » — esplicita una chiara finalità pedagogica, poiché sostituisce, rispetto alla disposizione del *Codex*, i fedeli ai minori e l'istituzione ecclesiastica ai *seniores* ⁽⁷⁹⁾. È evidente che, quando parlano di *emendatio*, i giuristi

autem habenti in consuetudine, minime parcere debet»: T. GRAMMATICO, *Consilia*, Venetiis, 1555, vot. XVII, n. 10, fol. 149v.

⁽⁷⁷⁾ Tiraqueau si destreggia tra le allegazioni propriamente giuridiche e quelle filosofiche. Platone (*Leggi e Repubblica*) è la fonte per eccellenza; ma anche Aristotele, Cicerone, Seneca e Tommaso trovano spazio in un'opera destinata ad incidere. Cfr. ROSSI, *Incunaboli*, cit., pp. 232-284.

⁽⁷⁸⁾ C.9.15.1: « In corrigendis minoribus pro qualitate delicti senioribus propinquis tribuimus potestatem, ut, quos ad vitæ decora domesticæ laudis exempla non provocant, saltem correctionis medicina compellat ». Cfr. DE DAMHOUDER, *Praxis*, cit., proemium, n. 10, fol. 1v; FARINACCI, *Praxis*, cit., pars I, t. I, q. XVII, n. 3, p. 222.

⁽⁷⁹⁾ La glossa, poi, accede a un canone del Lateranense IV di particolare rilevanza: nel riformare i costumi dei chierici, ci si scaglia contro chi indulge al vizio della libidine. Non solo si ribadisce il castigo divino ma si assicura la severità della pena

dei secoli XVI-XVII hanno in mente il modello della pena canonica ⁽⁸⁰⁾. Un'elaborazione medievale che resta attuale in età tridentina, col rinnovato attivismo di tribunali ecclesiastici che irrogano *pœnæ medicinales* e successive *pœnitentiæ*. Ma limitarne l'importanza alla giustizia spirituale sembra ormai riduttivo ed, anzi, la principale novità sta proprio nella progressiva secolarizzazione dell'idea di *correctio*. È un segno dei tempi: lo Stato contende il pastorale alla Chiesa e si propone come legittimo educatore dei sudditi ⁽⁸¹⁾.

Emblematica la progressiva diffusione del carcere. Nel Medioevo, il diritto canonico riconosceva nella detenzione una pena, temporanea o perpetua; nel rigore del chiostro, i consacrati avevano tempo di emendarsi scontando privazioni più o meno dure e recitando orazioni. Gli ordinamenti laici, da parte loro, attribuivano al carcere una mera funzione cautelare. Solo durante l'Età moderna nascono i primi penitenziari di Stato, spesso finalizzati ad emendare — e magari reinserire — adultere e prostitute ⁽⁸²⁾. Simili

umana, che tuttavia sarà moderata in base alla gravità della trasgressione. X.3.1.13: « Prout magis aut minus peccaverint, puniantur [...] ut quos divinus timor a malo non revocat, temporali saltem pœna cohibet a peccato ». Una norma di spessore che, sommata alla sua glossa, costituisce il caleidoscopio in cui si riflettono tutte le diverse *causæ puniendi*.

⁽⁸⁰⁾ Per intuirne l'ispirazione canonica, basta esaminare la κόλασις di GRÉGOIRE, *Syntagma*, cit., pars III, lib. XXXI, cap. II, n. 1, p. 223. La *correctio* è stata sempre un cardine del penale canonico: già *dictum post Decr.* C.12, q.II, c.11, in nome della *salus animæ*, contrappone l'« ecclesiastica mansuetudine » alla « legum severitate ». Risuona l'eco di Ez 33, 11: « Vivo ego, dicit Dominus Deus; nolo mortem impij, sed ut revertatur impius a via sua et vivat ». Cfr. D. SCHIAPPOLI, *Diritto penale canonico*, in *Enciclopedia del diritto penale italiano*, I, Milano, Società editrice libraria, 1905, pp. 761-784.

⁽⁸¹⁾ « Con l'assimilazione all'interno della monarchia, nella nuova ideologia della sovranità, dei concetti di auctoritas e di potestas che erano alla base dell'ambigua distinzione tra le due sfere, quella religiosa e quella politica [...] nasce una nuova sacralità: più precisamente il potere, la politica diventa anche instructio, cioè pretesa di modellare l'uomo dalla nascita alla morte nella sua formazione e nei suoi comportamenti »: P. PRODI, *Sul concetto di secolarizzazione*, in *Le secolarizzazioni nel Sacro Romano Impero e negli antichi Stati italiani: premesse, confronti, conseguenze*, a cura di C. Donati, H. Flachenecker, Bologna, il Mulino, 2005, p. 329.

⁽⁸²⁾ In generale, la detenzione diviene frequente per tutti quei devianti che lo Stato moderno intende disciplinare; ma bisognerà aspettare l'Ottocento ed il declino delle pene corporali per assistere al trionfo del carcere-pena. Cfr. R. DE NOTARISTEFANI,

considerazioni possono essere svolte in merito all'*amende honorable* che riflette, tramite una colpevolizzazione laica, il lento passaggio verso la *guilt culture* ⁽⁸³⁾. La pedagogia, argomento cruciale nella riflessione umanistica, diventa così una questione di Stato.

Un traguardo raggiungibile per strade diverse, ma convergenti. L'aristotelismo scolastico, ad esempio, postulava leggi non limitate a garantire la pace interna ma votate a promuovere le virtù: in quest'ottica *pœnæ medicinæ sunt* ⁽⁸⁴⁾. « Multitudo enim necessitati potius, quam rationi, et pœnis, quam honestati paret. Idcirco sunt, qui legumlatores oportere censent ad virtutem invitare, ac provocare honestatis gratia, propterea quod ii, qui probi sunt, ob consuetudinem præcipue obtemperabunt. Adversus autem inobedientes, et

Penitenziari (sistemi), in *Il digesto italiano*, XVIII, parte II, Torino, UTET, 1910, pp. 14-16; N. SARTI, *Appunti su carcere-custodia e carcere-pena nella dottrina civilistica dei secoli XII-XVI*, in « Rivista di Storia del Diritto Italiano », LIII-LIV (1980-1981), pp. 67-110.

⁽⁸³⁾ GRÉGOIRE, *Syntagme*, cit., pars III, lib. XXXI, cap. II, n. 9, p. 225 mette in luce l'aspetto riparatorio dell'*amende honorable*, riconducendola alla τιμωρία. Essa è finalizzata « ad solatium eorum, qui crimine læsi sunt » perché soddisfa l'onore violato tramite una dichiarazione pubblica. Il rito, però, si colora di sfumature moralistiche, come in un caso di adulterio giudicato a Parigi (1552): « Fut par Arrest condamné a faire amende honorable, estant teste, et pieds nuds, et en chemise, ayant le corde au col, tenant en ses mains une torche allumee du poids de deux livres de cire, sur table de Marbre, aux grands degrez du Palais, au Chastelet à iour de plaids, et iceux tenans, et devant le portail de nostre Dame de Paris, et pour ce faire ester conduit depuis la Conciergerie: et en chacun deidits lieux à genoux, dire, et declarer à haute voix, que follement, temerairement, malicieusement, et audacieusement il avoit commis ledit adultere, et autres cas non contenus au proces, et qu'il s'en repent et requiert mercy, et pardon à Dieu, au Roy, Iustice, et audit Galliot » (cioè al marito): J. PAPON, *Recueil d'arrests*, Pont a Mousson, 1558, lib. XXII, tit. IX, arr. II, p. 1260. Evidenti analogie legano questa sanzione alla *pœnitentia* canonica per i peccati manifesti, cui s'aggiunge un riferimento alla figura del sovrano. Non stupisce che l'istituto fiorisca in quella Francia che, sin dal Trecento, aveva esaltato la sacralità del monarca. Qui, ai condannati a morte era negata la *confession* sacramentale ed imposta un'*aveu* davanti al boia. Per tutta l'Età moderna, l'*amende honorable* è praticata anche da quanti, destinati al supplizio capitale, intendono professare *in extremis* fedeltà alle istituzioni: il criminale politico si ritrova assimilato all'eretico in una sorta di abiura laica. Simili sviluppi anche nei Paesi Bassi e in Inghilterra: PROSPERI, *Delitto*, cit., pp. 61-64 e 500-502.

⁽⁸⁴⁾ ARISTOTELE, *Ethicorum*, cit., I, lib. II, cap. 3, p. 71 (la definizione è ricordata da FARINACCI, *Praxis*, cit., pars I, t. I, q. XVII, n. 3, p. 222).

hebetiores ingenio, castigationes, pœnasque instituere. At eos, qui curari, ac emendari nequeunt, extrudere, atque exterminare » (85).

Sotto questo aspetto, tuttavia, il platonismo rinascimentale è ancor più determinante (86): l'Ateniese aveva sostenuto una rigorosa teoria medicinale, mezzo indispensabile per la sua Repubblica ideale. « Nonne igitur et medicinam qualem diximus, una cum huiusmodi iudiciaria æquitate in civitate constitues, quæ quidem eos cives qui natura, tum animo, tum corpore bene se habent, curabunt: eos vero, qui non sunt eiusmodi corpore præditi, mori sinant: qui vero malo ingenio procreati, insanabiles sunt, morte mulctent » (87).

La cultura moderna, non scevra da suggestioni millenariste, è terribilmente attratta dal sogno di una città perfetta. Su questa scia si muovono *L'Utopia* di Moro e *La città del sole* di Campanella, la cui importanza esorbita il valore letterario (88): sono progetti politici, animati dalla stessa *vis* che muove il coevo processo di *Spiritualiza-*

(85) ARISTOTELE, *Ethicorum*, cit., II, lib. X, cap. 9, p. 230 (passo ricordato da CARPZOV, *Practica*, cit., pars III, q. CI, n. 6, p. 2). Anche GRAMMATICO, *Decisiones*, cit., dec. XXXVI, n. 1, fol. 45r riconosce che un uso sapiente di premi e di pene spinge gli uomini alla virtù. Alla Seconda Scolastica è noto che la concezione medicinale era stata sostenuta in D'AQUINO, *Summa*, cit., *Secunda Secundæ*, q. 108, art. 4 e *Additiones ad Tertiam partem*, q. 12, art. 3. Ma anche un certo Protestantesimo moderato, partendo dall'aristotelismo di Melantone, riconosce quello *pedagogicus* come terzo *usus legis*: BERMAN, *Diritto e rivoluzione*, II, cit., pp. 135, 145-146 e 175-176.

(86) Platone è citato da DE DAMHOUDER, *Praxis*, cit., proemium, n. 4, fol. 1v; FARINACCI, *Praxis*, cit., pars I, t. I, q. XVII, n. 3, p. 222; CARPZOV, *Practica*, cit., pars III, q. CI, n. 18, p. 3.

(87) PLATONE, *De republica*, dial. III, in ID., *Opera omnia*, cit., p. 386. Cfr. ID., *De legibus*, dial. XII, in ID., *Opera omnia*, cit., p. 608. « Ergo qui luit pœnas, a pravitate animæ libertatur [...] Itaque maximo liberatur malo [...] Quippe cum pœna iusta castiget, iustioresque efficiat tanquam medicina quædam improbitatis »: ID., *Gorgias*, cit., pp. 241-242. La κόλασις, benché severa, è strumento benefico per l'εὐδαιμονία del reo: tanto che questi dovrebbe andare dal giudice per accusare le proprie ingiustizie, proprio come andrebbe dal medico per farsi curare. A questo scopo, Platone incoraggia la delazione del familiare. Certi parossismi dell'Inquisizione trovano, in queste pagine, una base teorica autorevolissima.

(88) « Da ordine dell'essere, la giustizia diventa ordine del dover essere » ma in cambio di « un rigidissimo controllo sociale »: DE PASCALE, *Giustizia*, cit., pp. 62-63. Cfr. M. CAMBI, *Il prezzo della perfezione. Diritto, reati e pene nelle utopie dal 1516 al 1630*, Napoli, ESI, 1996.

tion of Law ⁽⁸⁹⁾. Utopiani e Solari non conoscono iato tra etica e diritto; i loro retti costumi son tutelati da una legge penale severissima, ma di stampo correzionale ⁽⁹⁰⁾. La perfezione vagheggiata, seppur irrealizzabile, riflette gli umori del presente: basti pensare al regime delle trasgressioni sessuali ⁽⁹¹⁾. Anche l'empirista Bacone immagina una città felice, cristiana, dove la famiglia è onorata e le leggi garantiscono la castità: qui è la scienza a creare l'uomo nuovo, riparandolo dalla corruzione ⁽⁹²⁾. Il sogno degli utopisti è meno

⁽⁸⁹⁾ Per adoperare una categoria di H.J. BERMAN, *The Spiritualization of Secular Law. The Impact of the Lutheran Reformation*, in «Journal of Law and Religion», XIV (1999-2000), 2, pp. 313-349.

⁽⁹⁰⁾ «Sed fere gravissima quæque scelera servitutis incommodo puniuntur, id siquidem et sceleratis non minus triste, et reipublicæ magis commodum arbitrantur, quam si mactare noxios et protinus amoliri festinent. Nam et labore quam nece magis prosunt, et exemplo diutius alios ab simili flagitio deterrent. Quod si sic habiti rebellent atque recalcitent, tum demum velut indomitæ belluæ, quos coercere carcer et catena non possent, trucidantur. At patientibus non admittitur omnis omnino spes, quippe longis domiti malis, si eam pœnitentiam præ se ferant, quæ peccatum testetur magis eis displicere quam pœnam, principis interdum prerogativa, interdum suffragiis populi aut mitigatur servitus, aut remittitur»: T. MORE, *De optimo Reipublicæ statu*, Coloniae, 1555, lib. II, p. 153.

⁽⁹¹⁾ Un'altra eredità platonica: la contrapposizione tra ἔπος celeste ed ἔπος volgare era stata al centro di due dialoghi cari agli umanisti, *Fedro* e *Simposio*. Nella *Repubblica* anche le effusioni amorose vanno regolate con legge: consideratane l'influenza, non è azzardato annoverare l'Ateniense tra i padri morali del rigorismo cinquecentesco. Nella terra di Utopia, tutti i reati sono puniti ad arbitrio, eccetto l'adulterio: «Temeratores coniugij gravissima servitute plectuntur [...] Cæterum ad scelus iam relapso nex infligitur». Notevole che «nempe alterutri sic offenso, facta ab senatu coniugis mutandi venia, alter infamem simul ac celibem perpetuo vitam ducit»: idea destinata a concretizzarsi con l'imminente Riforma protestante. Ferma la condanna dello *stuprum*: «Ante coniugium mas aut foemina si convincatur furtivæ libidinis, graviter in eum eamve animadvertitur, coniugioque illis in totum interdicitur, nisi venia principis noxam remiserit [...] id facinus ideo tam sævere vindicant, quod futurum prospiciunt, ut rari in coniugalem amorem coalescerent [...] nisi a vago concubitu diligenter arceantur». MORE, *De optimo*, cit., pp. 149-151.

⁽⁹²⁾ *La nuova Atlantide* (1627) costituisce un tassello coerente della concezione baconiana, orientata al progresso e alla tecnica. Al contempo, si colloca perfettamente nella letteratura utopica. L'isola di Bensalem — sicura, illuminata, autarchica — si fonda sul patriarcato: al *Tirsan* sono riconosciuti ampi poteri correzionali, la riverenza è tale che raramente l'autorità pubblica è chiamata in sussidio. La comunità è coesa, refrattaria agli stranieri e capace di disciplinare persino i Giudei. Si narra che le sue leggi siano state promulgate da Mosè: il che avvicina Bensalem alla Gerusalemme biblica. Qui la lussuria

visionario di quanto sembri e testimonia un disegno politico ben delineato: innalzare le istituzioni laiche attraverso la loro sublimazione etica. Questo processo passa tramite l'assorbimento di valori, competenze e istituti già affidati alla Chiesa ⁽⁹³⁾.

È indicativo che Moro appaia, con Erasmo, tra le prime autorità citate da Carpzov nella *quæstio* dedicata alla pena ⁽⁹⁴⁾. Il primato, però, spetta a Seneca: tra tutte le correnti filosofiche in voga tra Cinque e Seicento, il neostoicismo riscontra senz'altro maggiori consensi ⁽⁹⁵⁾. Come gli antichi maestri, così anche Lipsio e i suoi predicano il distacco dalle passioni e il dominio sul corpo: ma proiettano il proprio pensiero su un piano schiettamente politico. Il singolo, che col contratto sociale ha abbandonato la sua natura istintuale, « è chiamato a tradurre le costrizioni esterne in autocostrizioni, strutturando così in maniera diversa le proprie passioni [...] Si potrebbe dire che — attraverso una progressiva razionalizzazione delle funzioni e delle strutture dello Stato — il neostoicismo contribuisce a creare un hegemonikon politico parallelo a quello psichico » ⁽⁹⁶⁾. La parola d'ordine diventa *disciplina*, che implica

è sconosciuta, grazie a una legislazione che non transige sul vizio. Le leggi regolano saggiamente il matrimonio, vietando la poligamia e subordinando le nozze al consenso paterno. Bensalem « the virgin of the world » è il modello della Modernità disciplinata. F. BACON, *Nuova Atlantide*, Milano, Rusconi, 1997, pp. 110-118.

⁽⁹³⁾ Per questo Campanella, nell'ipotizzare una monarchia universale, propone di sostituire le leggi civili con quelle canoniche, adattandole in un « semplice codice sul modello del Deuteronomio »: PRODI, *Una storia*, cit., p. 315.

⁽⁹⁴⁾ Prima di entrare nel merito della funzione penale, il Sassone mutua dall'*Institutio principis christiani* un auspicio ispirato: magari « causas, ex quibus animadverterint potissimum nasci flagitia, vel recidant, si queunt, vel certe premant, et attenuent Rerumpublicarum Moderatores ». Tornerebbero utili i rimedi del *Parthenius litigiosus* di Valentin von Winther, che si proponeva di placare le liti e la malizia del secolo. Ma poi soggiunge con realismo: « Consultum equidem hoc conservandæ Reipublicæ remedium: sed minus sufficiens ad coercendam hominum malitiam ». CARPZOV, *Practica*, cit., pars III, q. CI, n. 1, p. 1.

⁽⁹⁵⁾ Quanto e più di Seneca, i criminalisti amano citare Cicerone: parlando di κόλασις GRÉGOIRE, *Syntagma*, cit., pars III, lib. XXXI, cap. II, n. 3, p. 224 richiama la *Pro Milone*, la *In Verrem* e la *In Vatinius et Philippum*.

⁽⁹⁶⁾ « L'insistenza sul processo di rigorizzazione e di disciplinamento della condotta segna l'abbandono della tradizione aristotelica della medieta e dell'equilibrio della virtù [...] Ha inizio una fase di duri esercizi di controllo politico e di autocontrollo personale che porterà al consolidamento degli Stati moderni, all'ideale di un imperium

rigenerazione morale ma anche obbedienza: compare sibillina in Damhouder e Carpzov⁽⁹⁷⁾, ma è protagonista di un nuovo modo di concepire l'azione dello Stato⁽⁹⁸⁾. Disciplinare significa educare i sudditi, insegnando il rispetto per un'autorità temibile ma paterna: anche questo giustifica un ordinamento penale di stampo correzionale⁽⁹⁹⁾.

Iustitia e clementia, come il sole e la luna, irradiano la propria luce sulla politica del principe. Virtù che non vanno disgiunte perché il terrore, non meno della licenza, porta lo Stato alla rovina. La funzione penale resta irrinunciabile ma va lenita con metodi dolci e convincenti, perché « longe valentior amor ad obtinendum quod velis, quam timor ». « Omnia scire, non omnia persequi: parvis peccatis veniam, magnis severitatem commodare: nec pœna semper, sed sæpius pœnitentia contentus esse »: questa la ricetta migliore per ottenere non solo un rispetto esteriore, ma l'adesione convinta⁽¹⁰⁰⁾. Grazia e commutazione tornano utili per mostrarsi magnanimi verso i redenti e suscitare la devozione⁽¹⁰¹⁾. Ma anche la collaborazione

come ordine certo nel comandare e nell'ubbidire, allo scopo di mantenere la sicurezza e la salvezza dei cittadini »: R. BODEI, *Geometria delle passioni. Paura, speranza, felicità: filosofia e uso politico*, Milano, Feltrinelli, 2003, p. 233.

⁽⁹⁷⁾ « Reipublicæ interesse constat delicta puniri, ne maleficia maneant impunita [...] Publicæ disciplinæ favorem dictare ac suadere, ut maleficia puniantur »: DE DAMHOUDER, *Praxis*, cit., proemium, nn. 1-2, fol. 1r; « Ac sicuti per vindictam Magistratus disciplina servatur, mores corriguntur, licentia comprimitur, et pœnarum irrogatione peccata cœrcentur »: CARPZOV, *Practica*, cit., pars III, q. CI, n. 9, p. 2.

⁽⁹⁸⁾ « Il disciplinamento appare come una formazione reattiva alle spinte centrifughe di un'epoca di lacerazioni, che assiste alla metamorfosi e al crollo del sistema classico delle virtù civiche [...] L'assolutismo ha bisogno di costruire una nuova etica, un diverso raccordo tra morale cristiana e lo Stato »: BODEI, *Geometria*, cit., p. 234. Sulla categoria del *Sozialdisziplinierung*, P. SCHIERA, *Specchi della politica. Disciplina, melancolia, socialità nell'Occidente moderno*, Bologna, il Mulino, 1999, pp. 29-271.

⁽⁹⁹⁾ « La paura deve perciò venire abilmente miscelata all'obbedienza gioiosa: stabilissimo è quell'imperium del quale godono sudditi che volentieri obbediscono, mentre non reggono invece a lungo le forme di potere più odiose »: BODEI, *Geometria*, cit., p. 244.

⁽¹⁰⁰⁾ LIPS, *Politicorum*, cit., lib. II, capp. X-XIII, pp. 73-84.

⁽¹⁰¹⁾ Illuminanti le considerazioni di A.M. HESPANHA, *De la iustitia a la disciplina*, in *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*, Madrid, Alianza, 1990, pp. 175-186. Cfr. ID., *La gracia del derecho. Economía de la Cultura en la Edad Moderna*, Madrid, Centro de estudios constitucionales, 1993.

tra *Landesvater* e *patres familias* può risultare funzionale: in una *civitas* che si concepiva aggregazione di famiglie e che si avvia a divenire Stato paternalista, « en consideración a los padres que presentan ante el juez a su hijo delincuente, la doctrina reconoce la necesidad de suavizar el castigo de éste, aunque hubiese cometido el más grave de los delitos, que es el de lesa majestad »⁽¹⁰²⁾.

La Monarchia cattolica affida il disciplinamento al *corregidor*, « padre misericordioso » e « juez justo [...] que tenga quieta y pacífica su provincia, y limpia y expurgada de vicios, que son la enfermedad de ella »⁽¹⁰³⁾. Ma è chiaro che, nel periodo in esame, è la Santa Inquisizione ad incarnare meglio di tutti il modello della

⁽¹⁰²⁾ M.V. RODRÍGUEZ ORTIZ, *Mujeres forzadas. El delito de violación en el Derecho castellano*, Almería, Universidad de Almería, 2003, p. 92. « La consecuencia de mayor interés en el acercamiento entre familia y república no es que aquella funcionase como ésta, sino lo contrario [...] Si el amor operaba como elemento de unidad entre los miembros de la familia, actuaba también en el mismo sentido dentro de la república, cohesionando las diversas partes de la comunidad [...] El padre tenía la función de mantener el orden en su casa, a cuyo efecto tomaba las medidas que la prudencia y la conveniencia dictaban [...] este sentido de mantenimiento del orden imponía que en la república se adoptará el comportamiento activo que era propio del padre de familia, que había de enseñar y prevenir a sus hijos, y protegerlos del mal y encaminarlos para el logro de su felicidad »: J. VALLEJO, *El príncipe ante el derecho en la cultura del ius commune*, in *Manual de Historia del derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 164-168. Sulla *Respublica* come aggregato di famiglie, cfr. *La tradizione politica aristotelica nel Rinascimento europeo: tra familia e civitas*, a cura di G. Rossi, Torino, Giappichelli, 2004.

⁽¹⁰³⁾ La formula prende spunto da D.1.18.13 ma il riferimento alla pulizia morale è nuovo di zecca. Il correggitore deve « buscar y rebuscar » gli « hombres malos porque la execucion de la justicia engendra miedo, y el miedo aparata los malos pensamientos, y refrena las malas obras »: una ricerca da compiere nei posti più malfamati come bagni e taverne, ma anche nelle dimore private. Come previsto da Carlo V (*Nueva Recopilación*, 6.6.5), si dedicherà alla ronda notturna; ma lo stesso Imperatore aveva richiesto (*Nueva Recopilación*, 3.6.36) « especial cuydado de castigar los pecados publicos, y los blasfemos, y amancebados, y usureros, y à divinos, y agoreros, y los testigos falsos [...] de manera que en cada corregimiento cessen los dichos delitos y pecados: no olvidando los ladrones [...] debe cuydar mucho el Corregidor, en castigar de su oficio los jugadores publicos » ma anche chi pronuncia « palabras suzias » e « cantares lascivos ». Condotte poco offensive, ma intollerabili perché manifeste: infatti bisogna temere più chi può dannare l'anima che chi può uccidere il corpo (Mt 10, 28). Il disciplinamento si fonda sulla moralizzazione radicale, persino preventiva. « Una de las causas para que la Republica esté limpia de vicios, y malhechores, es la buena enseñanza y educacion de los niños [...] y desto deve tener el Corregidor particular cuydado [...] Muy eficaz es la naturaleza, pero mas poderosa es la criança [...] Preferase y prevengase

correzione, specie quando — superata la fase acuta delle repressione ereticale — comincia a dedicarsi alle devianze morali ⁽¹⁰⁴⁾. È qui che giunge a perfezione la tecnica di una pena volta al recupero dei disobbedienti ma capace di severità estrema contro gli incorreggibili: come nella parabola del fico sterile ⁽¹⁰⁵⁾.

Rimane un'estrema speranza. Il Buon ladrone testimonia la possibilità di una conversione sul patibolo, che non merita la salvezza del corpo ma riuscirà quantomeno a salvare l'anima. « Ecclesia numquam claudit gremio redeuntibus » ⁽¹⁰⁶⁾; perfino gli eretici *relapsi* potranno pentirsi *in extremis* e ricevere l'assoluzione sacramentale ⁽¹⁰⁷⁾. Il ruolo delle confraternite testimonia il dualismo tra la giustizia celeste e quella terrena ⁽¹⁰⁸⁾; se quest'ultima ha le sue

pues el bien publico con castigo, y con medida, aunque con daño alguno del particular, porque un miembro podrido no corrompa todo el cuerpo [...] y entonces se dira el subdito carne podrida, cuando por costumbre reysterada de delinquir es hecho incorregible ». Come un buon pastore, non può permettere che pecore malate pascolino insieme a pecore sane: in un primo momento penserà al bene del singolo con l'ammonezione o il carcere; a mali estremi, l'esilio o la morte metteranno la società al sicuro dal contagio. Questi criteri trovano applicazione anche per le trasgressioni carnali: assimilando il correggitore al censore romano, Castillo de Bobadilla ha secolarizzato le funzioni medicinali del vescovo e, di fatti, sa bene che « à la verdad estas correcciones mas proprias son y deven hazer en el fuero Eclesiastico ». Gli ha assegnato il pastorale, ma non gli sottrae la spada perché « los malos y viciosos han de ser castigados como las bestias, porque los que no reconocen la razon y virtud con solo el miedo son comprimidos ». J. CASTILLO DE BOBADILLA, *Politica para corregidores*, Amberes, 1704, I, lib. II, cap. IV, n. 1, p. 250; II, lib. III, cap. XII, nn. 13-16, pp. 228-229 e lib. II, cap. XIII, nn. 1-66, pp. 373-391.

⁽¹⁰⁴⁾ J. TEDESCHI, *Il giudice e l'eretico. Studi sull'Inquisizione romana*, Milano, Vita&Pensiero, 1997; A. PROSPERI, *Tribunali della coscienza. Inquisitori, confessori, missionari*, Torino, Einaudi, 2009, pp. 5-210.

⁽¹⁰⁵⁾ Lc 13, 8-9: « Domine, dimitte illam et hoc anno, usque dum fodiam circa illam et mittam stercora, et si quidem fecerit fructum in futurum; sin autem succides eam ».

⁽¹⁰⁶⁾ C.1.1.8.35.

⁽¹⁰⁷⁾ V. LAVENIA, *Eretici sentenziati e reincorporati*, in *Misericordie. Conversioni sotto il patibolo tra Medioevo ed Età moderna*, a cura di A. Prosperi, Pisa, Edizioni della Normale, 2007, pp. 153-187.

⁽¹⁰⁸⁾ Spesso queste confraternite erano titolate a San Giovanni Decollato, morto per ingiusta sentenza ma assunto alla gloria del Paradiso. Cfr. G. ROMEO, *Aspettando il boia. Condannati a morte, confortatori e inquisitori nella Napoli della Controriforma*, Firenze, Sansoni, 1993.

buone ragioni per condannare a morte, il reo può trasformare quel castigo in un'occasione per compensare le sue colpe. Agli occhi di Dio, la sua accettazione trasforma la pena in penitenza, guadagnandogli il Paradiso o quantomeno uno sconto di Purgatorio. Ai confortatori è affidato l'onere di trasformare la vendetta pubblica in espiazione: emerge una funzione medicinale che, per quanto strida con le sorti del corpo, è tuttavia percepita come fondamentale ⁽¹⁰⁹⁾. È l'anima ciò che conta: e la si può salvare anche nel paradosso di un atroce supplizio. Il male fisico si capovolge nel sommo bene spirituale, altrimenti impensabile per chi ha condotto una vita dissoluta. Tutto ciò è coerente con la dottrina agostiniana del male, che confida nei disegni imperscrutabili della Provvidenza.

È chiaro che, in un contesto di confessionalizzazione, tale pratica devozionale si trasforma in strumento disciplinante. Le folle son pronte a lodare il novello Disma, traendone un esempio edificante e perfino catartico. L'autorità confida nell'effetto educativo di simili conversioni, laddove il condannato ammette le colpe e la giustezza della pena, implorando perdono per i peccati e perdonando a sua volta il boia. Gli *autos da fé* iberici sono esempio lampante di una giustizia che non si contenta più di punire il delitto ma ostenta la contrizione del responsabile ⁽¹¹⁰⁾.

⁽¹⁰⁹⁾ Secondo CAVINA, *Funzione*, cit., pp. 69-70 è proprio nella redenzione finale che riposava la cifra profonda della pena medievale. Tenacemente perseguita fin sotto il patibolo, rappresentava la *reductio ad unum* di tutte le altre funzioni prospettate. Un discorso analogo può essere svolto anche per la prima età moderna, nonostante qualche elemento di complicazione: la lunga vicenda delle congregazioni del conforto sta a dimostrarlo.

⁽¹¹⁰⁾ « La diversità delle persone e dei reati scompariva nella fissità del rito: un misto di liturgia sacra e di teatro, una sacra rappresentazione nella quale i condannati erano figuranti che ripetevano con poche varianti una parte nota d'anticipo agli spettatori. E tutti o quasi tutti si convertirono, si confessarono, ricevettero la comunione, assisterono alle messe celebrate per loro, uscirono in pubblico e morirono dando esempi di devozione. Il rispetto della regola aristotelica dell'unità di tempo vi appare assoluto. Dalla sera alla mattina, nel breve intervallo segnato dall'ingresso serale in conforteria e dal suono mattutino della campana della giustizia, il dramma a porte chiuse vide mutare il figurante centrale ma senza che il canovaccio ne poteva essere alterato. Lo scioglimento finale davanti alla folla della grande piazza venne connotato da una più o meno intensa commozione, ma quasi nessuno dei condannati fece nient'altro che raccomandarsi a Dio e pregare »: PROSPERI, *Delitto*, cit., p. 418. Cfr. le pp. 139-140, 151-152 e 186.

4. *Eziologia della pena ed arbitrium.*

Tra Cinque e Seicento, la criminalistica comincia a interrogarsi sulla pena, avviando un laborioso ripensamento della sapienza medievale. Si nota un tentativo di astrazione, più compiuto in certi autori, meno riuscito in altri. Questo dibattito riflette lo straordinario sviluppo di un sapere che si nutre avidamente di canonistica⁽¹¹¹⁾, teologia morale⁽¹¹²⁾, etica e politica. Dalla nostra indagine emerge l'apporto decisivo dei Culti, che innalzano la riflessione giuridica sistematizzando un'erudizione sterminata. Si è giustamente insistito sul rapporto tra *mos gallicus* e diritto privato⁽¹¹³⁾: ma autori come Tiraqueau e Grégoire sanno incidere anche *in criminalibus*. Attingendo alle sorgenti di Platone ed Aulo Gellio, il Tolosano disegna una tripartizione che razionalizza la complessità e dà spessore alla teoria della pena: siamo nel 1582⁽¹¹⁴⁾. Nel 1635, Carpzov adotterà la medesima impostazione: dopo le originarie incomprensioni, anche

⁽¹¹¹⁾ Sin dall'ultimo Baldo, i legisti si mostrano sempre più versati in diritto canonico. Il Quattrocento è la fucina di un *utrumque ius* ricco di prestiti reciproci: E. CORTESI, *Il diritto nella Storia medievale*, Roma, Il Cigno, 1995, II, pp. 389-390. I criminalisti citano canonisti coevi come Díaz, Azpilcueta, Covarrubias, Follerio, Fagnani. Ma è considerevole il peso della dottrina del sec. XV (specialmente il Panormitano e Sandei): M.G. DI RENZO VILLATA, *Alle origini di una scienza criminalistica laica matura: l'apporto dei canonisti quattrocenteschi. Riflessioni brevi*, in *Der Einfluss der Kanonistik auf die Europäische Rechtskultur*, a cura di O. Condorelli, F. Roumy, M. Schmoeckel, III, Weimar-Wien, Köln-Böhlau, 2012, pp. 1-21.

⁽¹¹²⁾ Aspetto evidente, in un'epoca di sovrapposizione tra reato e peccato, ma non ancora abbastanza studiato. La storiografia ha messo in luce l'apporto teologico in materia internazionalistica, contrattuale e pubblicistica; per il penale resta isolata la monografia di E. DE HINOJOSA, *Influencia que tuvieron en el Derecho público de su Patria y singularmente en el Derecho penal los filósofos y teólogos españoles anteriores a nuestro siglo*, Madrid, Huérfanos, 1890. Nelle pagine dei criminalisti prevale l'autorità di Tommaso, Antonino, Soto, Azor, Lessio, Diana.

⁽¹¹³⁾ I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'Età moderna*, Torino, Giappichelli, 2002, pp. 23-35.

⁽¹¹⁴⁾ Nel *Syntagma*, il Giurista coniuga la sua erudizione con quella tensione sistematica evidenziata da C. PEDRAZZA GORLERO, *Immagini dell'ordo iuris. Ars e methodus nella riflessione di Pierre Grégoire*, Torino, Giappichelli, 2012. L'incontro è fecondo.

i seguaci del *mos italicus* sono pronti ad assorbire alcune elaborazioni dell'altra scuola ⁽¹¹⁵⁾.

Ma se alcuni giungono a risposte precise sul tema della *causa puniendi*, più spesso ci s'imbatte in discorsi meno schematici, che intrecciano con disinvoltura motivi apparentemente diversi. È possibile rimproverare ai nostri giuristi un'intollerabile confusione? La domanda, in realtà, è mal posta. Se la penalistica tra Sette e Ottocento potrà classificare in modo dogmatico le tre funzioni retributiva, generalpreventiva e specialpreventiva, tutt'ora al centro del dibattito ⁽¹¹⁶⁾, ciò sarà frutto dello sforzo avviato nei secoli del presunto oscurantismo penale. Al contempo, non è corretto affibbiare etichette posticce a categorie precedenti, non esattamente sussumibili in quelle posteriori.

Grégoire usa il termine *causa*, Carpzov adopera anche *ratio*: parole potenti, capaci di evocare secoli di elaborazione giuridica e concetti scolastici ⁽¹¹⁷⁾. Il loro significato esubera quello di *fnis*: nella terminologia aristotelica, la *causa finalis* è solo una delle quattro cause ⁽¹¹⁸⁾. Si può perciò prospettare la concorrenza di più *causæ*

⁽¹¹⁵⁾ Se in Matthes (1644) sarà più chiara l'influenza culta — perfino quella di Cuiacio — in autori come Deciani (1590) e Farinacci (1589-1614) non manca una tensione teorica che testimonia l'evoluzione delle vecchie *practicæ*. Il diritto criminale raggiunge una certa profondità speculativa, pur mantenendo un taglio prettamente casistico. Una sintesi in M. PIFFERI, *Criminalistica*, in *Il Contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto*, Roma, Treccani, 2012, pp. 141-148.

⁽¹¹⁶⁾ Cfr. *Ripensare la pena. Teorie e problemi nella riflessione moderna*, a cura di F. Zanuso, S. Fuselli, Padova, CEDAM, 2004; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, Zanichelli, 2007, pp. 3-45 e 683-684.

⁽¹¹⁷⁾ *Causa* e *ratio* erano penetrate, nel lessico giuridico, sin dal tempo dei Glossatori: CORTESI, *Il diritto*, cit., II, pp. 391-394. I moderni s'interrogano su di esse. Seguendo Tommaso, la Seconda Scolastica ribadisce che la *ratio* è un elemento sostanziale del diritto. Da parte sua, Tiraqueau pubblica un *Tractatus cessante causa cessat effectus* (1552) e fa della *causa* l'asse portante del *De poenis temperandis*: ROSSI, *Incunaboli*, cit., pp. 248-251. Deciani adopera le quattro cause aristoteliche per spiegare il *delictum*: PIFFERI, *Generalia*, cit., pp. 184-188. Un simile dibattito tocca anche il diritto privato: I. BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto. Un problema dogmatico nella cultura privatistica dell'età moderna*, Torino, Giappichelli, 1997.

⁽¹¹⁸⁾ C. NATALI, *Causa motrice e causa finale nel libro Lambda della Metafisica di Aristotele*, Sankt Augustin, Academia, 1997.

puniendi operanti su livelli diversi ⁽¹¹⁹⁾. Tenendole sullo stesso piano, invece, bisogna rilevare che le diverse *rationes* non si escludono; non costituiscono, infatti, un'opzione da compiersi a monte una volta per tutte — come dovrebbe essere in un sistema fondato sulla legalità della pena — ma un ventaglio di esigenze fondate su argomenti testuali di pari dignità. Quali soddisfare, e come, spetta al giudice: anche per questo, la maggioranza dei giuristi non si preoccupa di schematizzarle ma preferisce intrecciarle. Molto dipenderà dalle contingenze, da interessi politici, dalla soglia di tolleranza comunitaria, da ciò che desidera la parte lesa e persino dal comportamento del reo. Un *discrimen* fondamentale è dato dal tipo di azione intrapreso e, ancor più, dalla giurisdizione competente: nonostante le reciproche influenze, resta una certa differenza tra lo spirito del processo laico e quello del processo canonico ⁽¹²⁰⁾. In concreto, i singoli strumenti sanzionatori possono rivelare più vocazioni a seconda del punto d'osservazione. Senza dimenticare che non è scontato che la pena costituisca l'esito dell'*iter*: per tutta l'Età moderna rimane il diaframma tra la giustizia egemonica e quella negoziata, la quale conserva sottotraccia l'antico fine della pace sociale e della composizione ⁽¹²¹⁾.

La ponderazione si complica, sommando fattori nuovi e vec-

⁽¹¹⁹⁾ Ad esempio, la retribuzione (se presa come causa formale) potrebbe ben coniugarsi con la deterrenza o la correzione (assunte come cause finali). Piuttosto, in virtù della regola *cessante causa cessat effectus*, sarebbe inconcepibile l'irrogazione di una pena laddove mancasse una qualsiasi causa; chiaro l'insegnamento di GELLIO, *Noctes*, cit., lib. VI, cap. XIV, p. 216. La sanzione non costituisce una manifestazione capricciosa del potere, ma deve giustificarsi razionalmente.

⁽¹²⁰⁾ Vendicativo il primo, correzionale il secondo. Si tratta, però, di approssimazioni; la stessa procedura criminale canonica distingue tra un'*accusatio ad poenam* (o *ad punitionem*) ed una *denuntiatio ad emendam* (o *ad correctionem*): FOLLERIO, *Canonica Criminalis Praxis*, cit., pars II, cap. 3, n. 39, p. 47.

⁽¹²¹⁾ « Boni iudicis est controversias dirimere per sententiam, vel concordiam »: P. FOLLERIO, *Practica criminalis*, Venetiis, 1557, pars prima, rubr. *Studeat se ornare bene vivendi moribus*, n. 34, p. 9. Così anche la giustizia privata sperimenta una lunga coesistenza con quella pubblica: *L'infrajudiciaire du Moyen Age à l'époque contemporaine*, a cura di B. Garnot, Dijon, EUD, 1996; O. NICCOLI, *Perdonare. Idee, pratiche, rituali in Italia tra Cinque e Seicento*, Roma-Bari, Laterza, 2007; G. ALESSI, *I patti della giustizia. L'instirpabile vocazione transattiva del Regno di Napoli*, in *La giustizia criminale nell'Italia moderna*, a cura di M. Cavina, Bologna, Patron, 2012, pp. 305-335;

chi: chiave di volta è l'*arbitrium in puniendo*, regolarmente riconosciuto per *crimina atrocita* e *atrocissima*. La pena straordinaria, ormai applicata indifferentemente dal rito, da un lato consente l'aggiornamento di sanzioni edittali vetuste; dall'altro permette la giustizia del caso, adeguando la risposta alle molteplici variabili soggettive e oggettive. L'ordinamento si espande: tramite questo vettore emergono profili come colpa, recidiva, tentativo, concorso di persone, aggravanti e attenuanti ⁽¹²²⁾. È la pena arbitraria che consente al penale egemonico di non uscire sconfitto in caso di *semiplena probatio*, con la possibilità d'irrogare una misura ridotta. Ma è anche la pena arbitraria ad inasprire o, più spesso, mitigare la sanzione legale, in nome della *iusta causa*. Il sec.XVI ne rappresenta l'apogeo, in un contesto ove la costruzione dello Stato passa ancora per il canale giurisdizionale: la frattura tra potere e giustizia, legge e diritto, politica e *robins* non si è ancora consumata ⁽¹²³⁾. Nella convivenza non facile tra vecchio e nuovo, il ruolo dell'*arbitrium* esplicita il bisogno di mediare tra domande diverse, frutto di idee di giustizia diverse, tramite il discernimento del reato e degli interessi che gli gravitano intorno ⁽¹²⁴⁾.

5. Osservazioni conclusive.

Se è vero che « la storia del penale può essere intesa come [...] una lunga fuoriuscita dalla vendetta » ⁽¹²⁵⁾, allora questa è pure la storia del declino dell'idea retributiva. In tale percorso non privo di

Vengeance en Europe. XII-XVIII siècle, a cura di C. Gauvard, A. Zorzi, Paris, Publications de la Sorbonne, 2015.

⁽¹²²⁾ MECCARELLI, *Arbitrium*, cit., pp. 196-237. La pena straordinaria svolge una funzione vitale per l'ordinamento: pertanto non la si può giudicare un « cardinale difetto » del processo, come riteneva A. PERTILE, *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'Impero romano alla codificazione*, V, Torino, Salmin, 1892, pp. 389-400.

⁽¹²³⁾ L. MANNORI, *Per una preistoria della funzione amministrativa. Cultura giuridica e attività dei pubblici apparati nell'età del tardo diritto comune*, in « Quaderni fiorentini », XIX (1990), pp. 323-504.

⁽¹²⁴⁾ Ed è per questo che persino Bodin — fautore entusiasta della legge — ritiene che la pena straordinaria sia lo strumento più idoneo per realizzare la giustizia armoniosa: P. ORTEGO GIL, *El arbitrio de los jueces inferiores*, in *El arbitrio judicial en el Antiguo Régimen*, a cura di J. Sánchez-Arcilla Bernal, Madrid, Dykinson, 2012, p. 149.

⁽¹²⁵⁾ M. SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, in Id., *Storia*, cit., pp. 3-4.

contraddizioni e ripensamenti, anche attuali, la fase a cavallo tra Cinque e Seicento costituisce una pietra miliare. Il *Giudizio universale* di Michelangelo (1535-1541) rappresenta l'ultimo esempio di una grande allegoria retributiva, che s'era svolta sulle controfacciate delle chiese medievali. La sensibilità moderna predilige il tema della misericordia: *Cristo e l'adultera* e la *Maddalena penitente* diventano τόποι sia per il luterano Cranach che per i manieristi della Contro-riforma. Certo, la carneficina di Stato continuerà a insanguinare le piazze ⁽¹²⁶⁾; eppure è proprio nel sec. XVI che i fondamenti della retribuzione subiscono crepe vistose. La rivoluzione cosmologica è destinata a disegnare nuove prospettive per il diritto ⁽¹²⁷⁾. Con la *Disputa di Heidelberg* (1518), Lutero contesta la metafisica tomista; la teoria della depravazione totale sovverte l'idea stessa di armonia. Tra la giustizia dei principi, pur necessaria, e quella del *Deus absconditus* si crea un abisso insondabile. L'uomo, *simul iustus simul peccator*, potrà giustificarsi per fede indipendentemente dalla condotta morale. Il servo arbitrio e la predestinazione svuotano di significato il dogma retributivo ⁽¹²⁸⁾.

Il neostoicismo, con la sua morale di Stato e la tolleranza confessionale, schiude le porte alla svolta laica del secondo Seicento. Verso tempi nuovi — che faranno professione di razionalismo, eudaimonismo o utilitarismo — esso reca con sé una traccia di

⁽¹²⁶⁾ Nella *vindicta publica* resta forte quel « saziamento d'ira » che, talora, si manifesta con ritualità così macabre da rievocare uno spettro che pareva sopito: quello del sacrificio umano. La teologia dichiara l'abolizione di ogni olocausto eccetto quello eucaristico, l'unico capace di mondare il peccato. Ma, sotto il patibolo, la superstizione popolare continua a percepire la sacralità di una cerimonia carica di simboli ed emozione. Molti raccolgono il sangue del giustiziato, per poi berlo: il Sant'Uffizio fatica ad estirpare l'usanza. Cfr. PROSPERI, *Delitto*, cit., pp. 27-29 e 67-96.

⁽¹²⁷⁾ Umanesimo, Protestantesimo e Rivoluzione scientifica incidono sul modo di concepire l'individuo e le sue relazioni col mondo: P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2009, pp. 67-78 e 83-96.

⁽¹²⁸⁾ M. LUTHER, *La disputa di Heidelberg*, in ID., *Scritti religiosi*, Torino, UTET, 1967, pp. 179-203. La *Theologia Crucis* esalta una sofferenza che sfiora l'assurdo e, tuttavia, reca il beneficio della grazia per quanti si abbandonano alla fede. Per chi insuperbisce o dispera, Dio è ancora un giudice terribile pronto alla vendetta. D'altra parte, nessuno può guadagnare il Paradiso per le sue buone opere e nessuno ha peccato tanto da non potervi sperare. Spinta alle estreme conseguenze, la Teologia della Croce di Lutero porta all'antiteodicea di Bayle.

elaborazioni teoriche precedenti. Il giusnaturalista Hobbes, scagliandosi contro la retribuzione, affermerà che la pena mira a correggere il reo e migliorare gli altri con l'esempio. Ugualmente, Thomasius finalizzerà la sanzione all'*assecuratio* e all'*emendatio*. Per entrambi vale il principio *non punitur quia peccatum est, sed punitur ne peccetur* ⁽¹²⁹⁾. Il disciplinamento appare, allora, un processo di lungo periodo che culminerà nello statalismo illuminista, contestualmente al tramonto della *iustitia* classica ⁽¹³⁰⁾.

In una realtà diversa, che separerà legge divina e legge umana, non poche istanze si riveleranno « traduzioni laico-immanentistiche dei principi cristiani della giustizia e dell'amore » ⁽¹³¹⁾. La Modernità penale, pertanto, non è stata solo drastico rigetto di categorie religiose (« secolarizzazione per negazione ») ma anche un lungo assorbimento di competenze e valori da parte del temporale (« secolarizzazione per conservazione »). In questo processo, che in ogni caso comporta desacralizzazione, anche il « resto » è, in definitiva, qualcosa di nuovo ⁽¹³²⁾.

⁽¹²⁹⁾ G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna, il Mulino, 1976, pp. 63-64 e 120-121.

⁽¹³⁰⁾ HESPANHA, *De la iustitia*, cit., pp. 185-186.

⁽¹³¹⁾ M. ROMANO, *Secolarizzazione, diritto penale moderno e sistema dei reati*, in *Cristianesimo, secolarizzazione e diritto moderno*, a cura di L. Lombardi Vallauri, G. Dilcher, Milano, Giuffrè, 1981, pp. 1275-1276.

⁽¹³²⁾ C. SCHMITT, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, Berlin, Duncker&Humblot, 2015. Convincenti le osservazioni di E. BRAMBILLA, *La polizia dei tribunali ecclesiastici e le riforme della giustizia penale*, in *Corpi armati e ordine pubblico in Italia*, a cura di L. Antonielli, C. Donati, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2003, pp. 103-107: le procedure pectorali di polizia e le pene correzionali introdotte verso fine Settecento non sono che « la recezione e laicizzazione del precedente sistema di polizia ecclesiastica contro i reati morali ». Scomparirà la giustizia criminale canonica *in laicos* ma, nel travaso di competenze, rimarrà una certa continuità di tecniche ed obiettivi. Dal punto di vista sostanziale, la depenalizzazione si limiterà ad alcune ipotesi eclatanti (eresia, stupro volontario): ma gran parte delle fattispecie (adulterio, stupro violento, sodomia, bestialità, bestemmia) resteranno quelle d'un tempo. Non a caso, quanti si opporranno al nuovo sistema rimpiangeranno l'elasticità delle corti diocesane, condannando il rigore egualitario degli apparati statali.

LUCA MANNORI

DOPO LA RIFORMA.
COMUNITÀ LOCALI E RAPPRESENTANZA IN TOSCANA
AL TRAMONTO DEI LUMI (1788-1795)

1. 1788-1792. Dalla denuncia delle 'deviazioni' alla 'riforma delle riforma': il progetto Nati Poltri. — 2. 1794. Sorteggiare od eleggere? I dilemmi della Deputazione sulla rifusione dei regolamenti comunitativi. — 3. 1795: il memoriale Corsini. — 4. Per una conclusione.

Non essendosi realizzati quei vantaggi, che si erano fatti sperare al Pubblico dalla nuova organizzazione delle comunità per la loro amministrazione economica, ma piuttosto essendone risultati degli inconvenienti e disordini per l'abuso fatto da diversi individui, che hanno risieduto nelle magistrature comunitative, delle facoltà loro benignamente concesse dal Provvido Legislatore ..., e non essendosi potuto rimediare e por freno ai detti inconvenienti e disordini né per mezzo di dichiarazioni e chiarimenti, né per mezzo di rescritti e motupropri ..., è stato necessario, all'oggetto di togliergli dalle radici, variare in alcuni punti di somma importanza la detta organizzazione, per rettificare l'Amministrazione delle comunità, e de' Patrimoni e Corpi morali da esse dipendenti.

Così esordisce, verso la metà del 1792, un funzionario toscano che conosceremo tra poco, nel proporre una radicale revisione di quel sistema di governo locale al quale pure il piccolo Stato lorenese aveva legato, negli anni immediatamente precedenti, gran parte della sua eccezionale fama europea ⁽¹⁾. La « nuova organizzazione » di cui si fa menzione nel testo è costituita, in effetti, dalla celebre riforma comunitativa intrapresa da Pietro Leopoldo a partire dal 1774. Con essa, come si sa, il governo dei Lorena era giunto a cancellare in pochi anni tutta quell'antica costituzione 'mosaicale' dello Stato toscano che il principato mediceo aveva ereditato a sua volta dalla

(1) Si tratta dell'incipit del documento citato alla successiva nota 18.

Repubblica fiorentina, per sostituirvi una uniforme organizzazione territoriale ispirata ai nuovi canoni della razionalità fisiocratica. Si trattò di una eccezionale opera rifondativa, che per rigore e coraggio progettuale trova pochi esempi nel panorama dell'Europa pre-rivoluzionaria. È anche vero, però, che la storiografia relativa a questo famoso episodio ne ha per lo più affrontato l'esame nella prospettiva di un congedo dall'antico regime. Essa, cioè, ha studiato e giustamente celebrato la riforma come lo snodo risolutivo di un lunghissimo percorso, avviato con la fondazione dello Stato pluricittadino medievale ⁽²⁾; lasciando più in ombra, però, il versante successivo della sua storia, che ne fa piuttosto il punto d'avvio di un nuovo continuum. Com'è noto, infatti, ad eccezione del periodo 1808-1814, nel corso del quale la Toscana venne inglobata nell'Impero francese, il modello di governo creato da Leopoldo continuò a rappresentare la base di tutto l'impianto amministrativo della regione fino al 1859: offrendo così allo storico un ampio scenario nell'ambito del quale verificare virtù e limiti del progetto realizzato dal grande principe riformatore.

Osservata in quest'ottica — che è poi quella in cui ci ha introdotto la letteratura degli ultimi venti-trent'anni ⁽³⁾ —, la ri-

⁽²⁾ Il richiamo d'obbligo, ovviamente, è a A. ANZILOTTI, *Decentramento amministrativo e riforma municipale in Toscana sotto Pietro Leopoldo*, Firenze, Lumachi, 1910; ID., *Il tramonto dello Stato cittadino*, ora in *Dagli stati preunitari d'antico regime all'unificazione*, a cura di Nicola Raponi, Bologna, il Mulino, 1981, p. 73 e ss. Ma anche gran parte della storiografia successiva ha continuato (e beninteso del tutto legittimamente) a muoversi in questa prospettiva — bastino i nomi di Furio Diaz (*Francesco Maria Gianni. Dalla burocrazia alla politica sotto Pietro Leopoldo di Toscana*, Milano, Ricciardi, 1966) e di Adam Wandruska (*Pietro Leopoldo, un grande riformatore*, Milano, Vallecchi, 1968).

⁽³⁾ Ciò, per es., cominciando a riferirsi a quella esperienza più come a un caso di amministrazione « illuminata » che di amministrazione « moderna » e lasciando così intravedere tutto un possibile percorso ulteriore della vicenda: B. SORDI, *L'amministrazione illuminata. Riforma delle comunità e progetti di costituzione nella Toscana leopoldina*, Milano, Giuffrè, 1991; ID., *Modelli di riforma istituzionale nella Toscana leopoldina*, in *Istituzioni e società in Toscana in età moderna*, Atti della giornata di studi dedicata a Giuseppe Pansini, Roma, Ministero per i beni culturali e ambientali, 1994, pp. 591-609. Il parallelo sviluppo di un crescente interesse storiografico verso le istituzioni ottocentesche dello Stato regionale (A. CHIAVISTELLI, L. MANNORI, *Effetto domino. Il profilo istituzionale dello Stato territoriale toscano nella storiografia degli ultimi trent'anni*, in *La*

forma si presenta in una luce abbastanza diversa da quella che ne aveva soffuso gli esordi. Nonostante che il richiamo al suo mito abbia continuato a costituire uno dei caposaldi della strategia di auto-legittimazione del governo lorenese almeno fino al 1848, la sua applicazione sul lungo periodo risultò tutt'altro che agevole; ed è anzi certo che, se l'organizzazione territoriale leopoldina riuscì a sopravvivere per parecchi decenni, ciò fu dovuto anzitutto ad una serie d'interventi di restyling istituzionale che già all'indomani del 1814 ne risagomarono profondamente il profilo. Una lunga tradizione, risalente allo stesso Ottocento liberale toscano, ha bollato tali interventi come uno stravolgimento in senso autoritario dell'originario disegno di Pietro Leopoldo ⁽⁴⁾. In realtà, però, essi non sembrano solo correlabili al mutato clima ideologico della Restaurazione, e neppure si possono spiegare in toto con la forza di attrazione esercitata un po' ovunque in Italia dal modello amministrativo napoleonico. La loro introduzione fu piuttosto indotta dalla necessità di ovviare in qualche modo ad una serie di gravi difetti strutturali che il modello leopoldino aveva manifestato fin dall'origine. Come abbiamo sentito in apertura, la percezione che il sistema dovesse essere rivisto in radice era emersa chiaramente già all'inizio del regno di Ferdinando III — cioè a soli sette anni dal momento in cui la nuova legislazione era stata finalmente estesa a tutto quanto lo

Toscana dai Lorena al fascismo. Mezzo secolo di storiografia, a cura di F. Conti, Firenze, Polistampa, 2009, pp. 21-59) ha reso d'altra parte sempre più evidente la connessione tra il 'Settecento riformatore' e gli assetti del secolo successivo.

⁽⁴⁾ Questa, com'è noto, era stata la ferma convinzione di tutto il milieu riformista prequarantottesco toscano: che, da Vieusseux a Galeotti, da Poggi a Ricasoli, aveva trovato anzi nella denuncia della morsa centralizzatrice in cui sarebbe stato innaturalmente serrato l'originario disegno leopoldino la bandiera attorno alla quale raccogliere un'ampia opposizione al governo di Leopoldo II (per tutti, T. KROLL, *La rivolta del patriziato. Il liberalismo della nobiltà nella Toscana del Risorgimento*, Firenze, Olschki, 2005, pp. 217-280). Su questa falsariga si è mossa in genere la storiografia, a partire dagli autori coevi (cfr. ad es. A. ZOBİ, *Storia civile della Toscana dal 1737 al 1848*, vol. IV, Firenze, Molini, 1852, p. 187, per il quale le leggi correttive della Restaurazione avevano costituito « una imperdonabile violazione... al sistema municipale leopoldino »), fino ai più autorevoli contributi contemporanei (G. PANSINI, *Gli ordinamenti comunali in Toscana dal 1849 al 1853*, in « Rassegna storica toscana », 2,1956, pp. 3-75 e ID., *Amministrazione e politica in Leopoldo Galeotti*, in « Rassegna storica toscana », 37, 1991, pp. 229-253).

Stato granducale e a meno di due da quel marzo del 1790 nel quale Pietro Leopoldo aveva preso definitivo congedo dalla Toscana per andare a cingere la corona imperiale.

Il presente contributo cercherà appunto di ricostruire alcuni snodi di questo dibattito. Per quanto rimasto privo, nell'immediato, di ogni risultato concreto, esso non solo costituisce l'antefatto delle soluzioni poi realizzate sotto la Restaurazione, ma fornisce anche un osservatorio di qualche interesse per monitorare certe criticità proprie della transizione da una società di corpi a una società d'individui. Le fonti che utilizzeremo sono quelle contenute in due faldoni di un fondo miscelaneo dell'Archivio di Stato di Firenze nei quali, all'epoca, venne raccolta una parte del materiale relativo a questo primo riesame critico della riforma ⁽⁵⁾. La documentazione che essi ci offrono è lacunosa, e purtroppo non siamo riusciti ad integrarla incrociandola con le serie archivistiche delle Reali Segreterie. Anche con questi limiti, tuttavia, il nostro materiale offre un'idea di come la classe dirigente ferdinandea si sia misurata con questo importante segmento dell'eredità leopoldina. Il confronto con essa sembra essersi sviluppato seguendo essenzialmente tre tappe, corrispondenti ai principali nuclei documentali conservati nelle nostre carte: quello che qui chiameremo il progetto Poltri del 1792; le relazioni prodotte dalla Deputazione per la rifusione dei regolamenti comunitativi nel corso del 1794; e infine il memoriale di Neri Corsini del 1795. È appunto in base a questa scansione che articoleremo il nostro percorso.

(5) Si tratta di due pezzi del fondo *Miscellanea di Finanze* dell'Archivio di Stato di Firenze (=ASF), rispettivamente segnati A 155 ed A 156, contenenti materiali non ordinati compresi tra il 1786 e il 1795. Già noti alla storiografia (cfr. SORDI, *L'amministrazione*, cit., pp. 349-51, e più ancora S. VITALI, *Amministrazione comunitativa e controlli in Toscana nell'età della Restaurazione*, in «Storia Amministrazione Costituzione. Annale ISAP», 1996, 4, pp. 149-154, in part. p. 173, che ha suggerito per primo la lettura che qui più ampiamente svolgeremo), essi non hanno però finora attratto in modo specifico l'attenzione di alcun specialista. Si ringrazia qui la signora Maresca Materassi, laureanda presso la Scuola di Scienze Politiche 'Cesare Alfieri' di Firenze, per aver collaborato alla trascrizione di gran parte di questo materiale.

1. 1788-1792. *Dalla denuncia delle 'deviazioni' alla 'riforma delle riforme': il progetto Nati Poltri.*

Com'è arcinoto, l'essenza della riforma del 1774 consistette nel sostituire il vecchio criterio di appartenenza comunitaria, basato su una interpretazione molto rigida dello *ius sanguinis*, con un nuovo tipo di legame sociale, generato invece dalla proprietà del suolo e costituito dalle cointeressenze economiche da essa conseguenti.

Per la cultura istituzionale premoderna, la comunità era una specie di società privata, costituita ab antiquo da alcune famiglie che avevano fondato questo sodalizio nel proprio esclusivo interesse. Tali *cives oriundi* o *originarii*, a loro volta, conservavano in perpetuo il diritto insindacabile di ammettere o di escludere dalla loro cerchia tutti gli altri soggetti insediati sul territorio: i quali vivevano *nella* comunità, ma entravano a farne parte a pieno titolo solo quando venivano cooptati dagli altri.

Dalla discendenza dei primi capi intervenuti all'unione — aveva scritto per esempio Pompeo Neri nel 1748 — provengono i cittadini investiti di tutte le prerogative dei loro autori; e dalla moltiplicazione dei servi, ritenuti per tali o manomessi, e dei forestieri, che da molte cause può essere occasionata o accresciuta, proviene la plebe, o per meglio dire il popolo minuto, che forma una moltitudine sciolta e non giunge mai ai diritti dei primitivi cittadini senza un decreto espresso di ammissione ⁽⁶⁾.

Il titolo di cittadinanza della comunità leopoldina venne invece indicato nella semplice titolarità di una porzione del suolo comunale. Cittadino era chiunque avesse acquistato una frazione del territorio comunitativo, giacché era proprio questo possesso a radicare nel soggetto l'obbligo di contribuire in una qualche misura a quei costi collettivi costituenti, a loro volta, l'unico, vero titolo della inclusione sociale ⁽⁷⁾. Ad una 'comunità degli originari', immaginata

⁽⁶⁾ P. NERI *Relazione sopra la nobiltà toscana*, in app. a M. VERGA, *Da "cittadini" a "nobili". Lotta politica e riforma delle istituzioni nella Toscana di Francesco Stefano*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 420.

⁽⁷⁾ Sulla emersione e l'economia di questo nuovo modello di cittadinanza basti il rinvio a P. ROSANVALLON, *Fiscocratici*, in *Dizionario critico della Rivoluzione francese*, a cura di F. Furet, M. Ozouf, Milano, Bompiani, 1988, pp. 649-656; ID., *La rivoluzione dell'uguaglianza. Storia del suffragio universale in Francia*, Milano, Anabasi, 1992, pp. 45-46; P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, vol. I, *Dalla civiltà comunale*

come un'intima ed esclusiva solidarietà interfamiliare, Leopoldo sostituì una 'comunità dei possessori', concepita come una sorta di condominio fondiario al quale si partecipava in virtù di una mera implicazione di ordine economico (8). È proprio questa nuova, perfetta coincidenza tra cittadinanza locale e capacità contributiva avrebbe dovuto permettere alle comunità toscane di riacquistare in pieno quella facoltà di autogestirsi che esse avevano perduto poco a poco sotto il principato. La principale giustificazione, infatti, di quel soffocante sistema di controlli tutorii che i Medici avevano imposto al loro territorio era stata da sempre indicata nella necessità d'impedire alle ristrette oligarchie locali insediate al vertice di ogni comunità di scaricare gli oneri del loro governo su chi da esso era escluso (9). Una volta ridefinito invece il criterio di appartenenza comunitativa in base al nesso proprietà-rappresentanza, il centro avrebbe potuto « rilasciare » con piena fiducia agli « interessati » tutta quanta la gestione delle periferie, sgravando se stesso da ogni responsabilità correlativa e realizzando così il grande ideale fisiocratico di uno Stato al contempo efficiente e 'leggero'. Il pungolo dell'interesse economico, in sostanza, sarebbe stato sufficiente a garantire già a livello di base un'amministrazione tanto equanime ed oculata da ridurre al minimo la necessità delle interferenze centrali.

Pur rompendo un equilibrio cristallizzato da secoli, un tale cambio di paradigma non incontrò opposizioni decisive da parte di una Toscana che sembra avesse già maturato una buona predisposizione a viverci come una società di proprietari (10). Né malumori insuperabili furono determinati dall'altra, pur sbalorditiva novità

al Settecento, Bari, Laterza, 1999, pp. 446-456; A. MERGEY, *L'État des physiocrates: autorité et décentralisation*, Presse Universitaire d'Aix-Marseille, 2009, p. 179 e ss.

(8) SORDI, *L'amministrazione*, cit., cap. III, *passim*.

(9) L. MANNORI, *Il sovrano tutore. Pluralismo istituzionale e accentramento amministrativo nel principato dei Medici (secc. XVI-XVIII)*, Milano, Giuffrè, 1994.

(10) Ancora non del tutto chiarite sono le ragioni retrostanti a questa apparentemente agevole conversione. Stimolante, nel suo rintracciare le radici remote di questa trasformazione fin nel cuore dell'età medicea, M. VERGA, *Tra Sei e Settecento: un'età delle 'pre-riforme'?*, in « Storica », I (1995), pp. 89-122; qualche spunto ulteriore in L. MANNORI, *Le città e il principe: l'equilibrio territoriale dello Stato mediceo*, in *Poteri centrali e autonomie nella Toscana medievale e moderna*, a cura di G. Pinto, L. Tanzini, Firenze, Olschki, 2012, pp. 161-181.

introdotta dalla riforma: dall'accorpamento, cioè, delle molte centinaia di micro-comunità presenti per l'avanti nell'ambito del territorio granducale in sole 201 grandi unità territoriali, corrispondenti a loro volta alle circoscrizioni giudiziarie civili e penali di primo livello già definite a partire dalla cosiddetta riforma dei governi provinciali del 1772 ⁽¹¹⁾. Realizzata partendo dal basso, tramite un minuto e paziente censimento del territorio, e temperata da una ragionevole disponibilità a far salvi alcuni tratti della tradizionale società per ceti ⁽¹²⁾, la riforma comunitativa non dette luogo insomma ad alcuna reazione popolare lontanamente comparabile a quelle che invece tennero dietro, dalla metà degli anni Ottanta in avanti, ai tentativi leopoldini di aggredire i fondamenti religiosi della società tradizionale ⁽¹³⁾. E tuttavia — ecco il punto — il suo iter attuativo tutto si rivelò fuorché un percorso trionfale: come i contemporanei stessi cominciarono a percepire già durante la fase realizzativa della riforma stessa.

Il primo a rendersi conto di queste difficoltà fu il consigliere di Leopoldo che più d'ogni altro aveva contribuito alla definizione stessa del progetto riformatore — cioè il Soprintendente dell'ufficio Revisioni e Sindacati Francesco Maria Gianni: il quale fin dal maggio del 1779 denunciò al principe come la prassi seguita dagli apparati granducali nell'applicare i nuovi regolamenti comunitativi fosse spesso ispirata ad una linea del tutto ostile a riconoscere ai corpi

⁽¹¹⁾ Per una descrizione di questa nuova geografia amministrativa, C. PAZZAGLI, S. SOLDANI, *Lineamenti e scansioni di un territorio regionale. La Toscana amministrativa da Pietro Leopoldo ad oggi*, in *La Toscana dal Granducato alla Regione. Atlante delle variazioni amministrative territoriali dal 1790 al 1990*, Firenze, Giunta Regionale Toscana, 1992, p. 15 e ss.

⁽¹²⁾ Ci riferiamo qui soprattutto alla scelta di consentire che nelle c.d. 'patrie nobili' (corrispondenti ai centri urbani più antichi e rilevanti dello Stato) un certo numero di seggi delle varie rappresentanze comunitative fosse riservato ai due ceti dei nobili e cittadini, individuati come tali dalla legge sulla nobiltà del 1750, a condizione ovviamente che i rispettivi appartenenti possedessero i requisiti di censo generalmente richiesti per accedere alle cariche.

⁽¹³⁾ Sulla relazione, ancora in buona parte da mettere a fuoco, tra riforme istituzionali e rinnovamento religioso, cfr. ora le osservazioni di M. VERGA, *Strategie di riforma nella Toscana 'giansenista' di Pietro Leopoldo. Pietà popolare, immagini sacre, "regolata divozione"*, in « Rivista di storia e letteratura religiosa », 54 (2018), 1, pp. 99-125.

locali quella piena autonomia che il legislatore aveva voluto invece loro accordare ⁽¹⁴⁾. Lasciata sotto traccia per alcuni anni, la questione fu ripresa e affrontata di petto a partire dal 1784: quando ancora Gianni si fece promotore di una vasta inchiesta ufficiale volta a monitorare il funzionamento del nuovo rapporto centro-periferia inaugurato dalla riforma ⁽¹⁵⁾. L'indagine rivelò una situazione drammatica, in cui la nuova libertà amministrativa che era stata promessa ai corpi territoriali pareva essere rimasta del tutto sulla carta. D'altra parte, il postulato ispiratore di tutta questa operazione di verifica fu che l'impianto organizzativo varato nel '74 rispondesse ad una razionalità superiore a qualsiasi critica e che le gravi « deviazioni » dal modello rilevate dall'inchiesta fossero unicamente imputabili alla inerzia burocratica degli apparati centrali ⁽¹⁶⁾. Abituati da secoli a comandare alle comunità « come a degli imbecilli », i funzionari dello Stato fiorentino incaricati di soprintendere all'amministrazione del territorio non sarebbero riusciti a sintonizzarsi con un nuovo sistema che esigeva invece il rispetto assoluto della sfera dell'auto-governo locale. Di qui, il concrescere di una giungla di disposizioni particolari che avevano stravolto la lineare essenzialità dell'edificio leopoldino: ora assegnando alle comunità una congerie di compiti di rilevanza centrale, ora restringendo la loro libertà di amministrazione e caricandole surrettiziamente di nuove imposte. Sul banco degli imputati furono quindi chiamati prima i « soprintendenti » delle quattro principali province dello Stato (fiorentina, pisana, senese e grossetana), quindi i cancellieri comunitativi addetti in loco al controllo delle amministrazioni, e infine i giurisdicenti periferici, corresponsabili anch'essi di scaricare sui Comuni responsabilità a

⁽¹⁴⁾ *Memoria del Sen. Gianni del 16 maggio 1779*, in ASF, *Segreteria di Gabinetto*, 167, ins. 4.

⁽¹⁵⁾ Tutto l'episodio (la cui documentazione è conservata in ASF, *Segreteria di Gabinetto*, 108) è puntualmente ricostruita da SORDI, *L'amministrazione*, cit., pp. 347-354. Il punto d'inizio della vicenda è comunque costituito da una memoria di Gianni (*Ricordi per S.A.R. fatti in Pisa in data di 8 gennaio 1784*, in ASF, *Gianni*, filza 45, ins. 535) centrata sulla constatazione che « tutto il regolamento comunitativo è stato tante volte percosso dagli artifizii tendenti a distruggerlo che oramai mi sembra molto declinato dallo spirito e dalle massime della sua fondazione e già prossimo al ritorno di quelli medesimi disordini che persuasero la necessità di una riforma ».

⁽¹⁶⁾ DIAZ, *Francesco Maria Gianni*, cit., p. 245 e ss.

loro estranee. A conclusione dell'iter, protrattosi per circa tre anni, fu emanato un lungo motuproprio nel quale venivano puntigliosamente elencati, e contestualmente annullati, tutti gli « ordini » delle autorità superiori emanati nel periodo precedente e ritenuti contrari allo « spirito e alla lettera » dei regolamenti comunitativi ⁽¹⁷⁾; mentre sul piano dei principi Gianni si limitò a ribadire solennemente la propria assoluta fiducia in un « governo degli interessati » che, se lasciato operare in piena libertà, non avrebbe certamente mancato di produrre tutti i benefici a suo tempo annunciati.

In generale — notava infatti — trovo pienamente dimostrato [che] non vi è sistema di mezzo da immaginare per il governo delle aziende comunitative; bisogna confidarlo ai comunisti, che vi sono interessati, tanto per ottenerne il buon servizio, quanto per pagarne le contribuzioni, oppure bisogna che di tutto s'incarichi il sovrano, e per mezzo del ministero diffonda in mille branche la sua autorità, e tutto sotto di quella eseguisca e faccia pagare. Così converrebbe supporre che il sovrano ogni giorno conosca i più piccoli come i più grandi bisogni di ogni locale oggetto delle comunità, senta le forze dei comunisti, ne possa adattare l'uso alli loro interessi e allo scopo delli migliori godimenti... Questo sistema è stato pur troppo sperimentato ed i suoi tristi effetti da veruno furono meglio conosciuti che da S.A.R., che seppe abolirli ⁽¹⁸⁾.

Non abbiamo riscontri diretti circa gli effetti conseguiti da questo primo intervento normativo. Tutto porta a credere, però, che esso abbia ben poco giovato a restituire funzionalità e vigore al sistema. A poco più di tre anni, infatti, dalla promulgazione del motuproprio dell'89, il funzionario le cui parole abbiamo riportato in apertura del nostro articolo presentava al Segretario delle finanze Luigi Schmidweiller un voluminoso progetto nel quale, sia pur sotto una copertina modesta, si proponeva di procedere ad una vera 'riforma della riforma', diretta ad introdurre tutta una serie d'importanti modifiche all'originario disegno leopoldino ⁽¹⁹⁾. Dell'autore

⁽¹⁷⁾ Motuproprio 20 aprile 1789, in *Bandi e Ordini*, vol. XIV, n. XXX (per il Senese fu emanato invece un provvedimento parallelo in data 5 novembre 1789, *ivi*, n. LXVI).

⁽¹⁸⁾ *Voto del Sen. Gianni del 10 luglio 1788 sull'esame degli ordini ed altri atti posteriori ai regolamenti comunitativi*, in ASF, *Segreteria di Gabinetto*, 108, ins. 8.

⁽¹⁹⁾ Il documento, intitolato *Nuove istruzioni ai magistrati e cancellieri comunitativi per l'amministrazione, e direzione delle comunità, e patrimoni, e corpi morali dipendenti dalle medesime*, si presenta come un volume rilegato di 292 carte ed è

di questo testo, poco sappiamo oltre a un nome — Francesco Nati Poltri — che lo segnala come membro di una vecchia famiglia patrizia fiorentina, e al fatto che, negli anni immediatamente precedenti egli aveva ricoperto la carica di Cancelliere delle Cortine di Pistoia prima e della Comunità di Massa e Cozzile poi ⁽²⁰⁾. Si tratta quindi di un esponente di secondo piano dell'apparato lorenesse: a cui tuttavia il governo aveva affidato un incarico non banale, quale quello di redigere una nuova versione della *Istruzione ai Cancellieri comunitativi* dello Stato. Com'è noto, la presenza di un testo del genere rimontava, in Toscana, addirittura al 1575, quando esso era stato introdotto per formalizzare le direttive rivolte a appunto a quei cancellieri comunali a cui era affidata la supervisione in loco di tutta l'amministrazione periferica dello Stato. Riformulata nel 1636, l'*Istruzione* si era sempre confermata come uno degli strumenti essenziali del sistema di governo granducale: fino a ricevere, nel 1779, una veste completamente nuova, conforme al tenore e alle finalità della riforma comunitativa di cinque anni prima ⁽²¹⁾.

Ora: benché non sia stato possibile rintracciare la lettera d'incarico di Poltri, è certo che la commissione a lui conferita, relativa alla rifusione di quest'ultimo testo, si poneva come un lascito della fase precedente del dibattito. Della necessità di rimettere in qualche modo le mani sulla *Istruzione* si era infatti parlato a lungo già nel decennio precedente come di uno dei mezzi più ovvi per restituire linearità ed efficienza al governo locale ⁽²²⁾; e se poi tale disegno era rimasto inattuato, con lo stesso motuproprio dell'89 il governo aveva voluto assumersi un formale impegno a realizzarlo quanto prima, incaricando il Soprassindaco dalla Camera delle

conservato in ASF, *Miscellanea di Finanze* A 156. Non reca alcuna datazione; la sua lettera di trasmissione a Schmidweiller è comunque del 28 settembre 1792. La numerazione delle carte è nostra.

⁽²⁰⁾ Così da una ricerca sulla *Gazzetta di Firenze* condotta via Google books; dalla quale risulta anche che, dal novembre 1794, Poltri fu nominato Provveditore dell'Ufficio dei Fossi di Grosseto, cioè posto a capo di uno dei quattro uffici provinciali a cui era affidato il controllo del governo locale toscano.

⁽²¹⁾ *Nuove istruzioni per i cancellieri comunitativi secondo gli ultimi regolamenti ed ordini di S.A.R., approvata nel dì 16 novembre 1779*, Firenze, Cambiagi, 1779.

⁽²²⁾ Ancora SORDI, *L'amministrazione*, cit., p. 353.

Comunità di Firenze e il Provveditore dell'Ufficio dei Fossi di Pisa di proporre una revisione del testo del 79, quando lo avessero ritenuto utile ⁽²³⁾.

Con ogni probabilità, quindi, Poltri, si trovò chiamato ad attuare un progetto partorito ancora nel clima della 'Toscana dei lumi'. Eppure, superata ormai la fatidica soglia del 1790, il nostro cancelliere non percepiva più l'edificio leopoldino come un monumento da difendere, ma semmai come una casa da ristrutturare; e proprio per questo, approfittando della relativa libertà concessagli dal governo nell'espletamento del suo mandato ⁽²⁴⁾, egli giunse ad elaborare una sorta di nuovo codice di governo del territorio, il cui contenuto travalicava ampiamente i limiti di un mero documento di corredo. Prima di tutto infatti, il progetto di cui parliamo, consegnato a 880 paragrafi minutamente concatenati, non era più indirizzato ai soli cancellieri, ma anche ai « magistrati » comunitativi — cioè agli amministratori locali — e tendeva perciò ad avvicinarsi molto a una fonte normativa di carattere generale. In secondo luogo, proponendosi come una disciplina uniforme per tutto lo Stato, esso puntava a sfumare le differenze territoriali lasciate sussistere dalla normazione leopoldina, la quale, come si sa, rifletteva ancora le articolazioni storiche del vecchio territorio toscano ⁽²⁵⁾. Ma soprattutto, il testo proponeva una pioggia di deroghe alla disciplina vigente, in base alla consapevolezza che il malfunzionamento del sistema non fosse imputabile alle occasionali « deviazioni » di questo o quell'ufficio, ma a precise ragioni strutturali. Poltri sembra anzi

⁽²³⁾ Cfr. Motuproprio cit.

⁽²⁴⁾ Nella lettera del 28 settembre sopra citata, infatti, Poltri ricordava che, in base all'incarico a suo tempo ricevuto, egli non avrebbe dovuto limitarsi a « compendiare più chiaramente » la normativa in essere, ma anche a « inserire quelle variazioni e dichiarazioni che l'esperienza [gli] aveva fatto conoscere più vantaggiose alle comunità ». E di questa libertà egli si giovò senza risparmio, accompagnando ogni proposta di modifica con ampie note a margine in cui dava conto delle scelte via via operate.

⁽²⁵⁾ La struttura normativa della riforma si basava infatti sul combinato di cinque regolamenti comunitativi « generali » (rispettivamente corrispondenti a ciascuna delle antiche articolazioni 'provinciali' del Granducato: Contado e Distretto di Firenze, Provincia Pisana, Provincia Senese Superiore e Provincia Senese Inferiore) e di 201 regolamenti « particolari », uno per ogni comunità, destinati a integrarsi con la rispettiva fonte superiore secondo il criterio della specialità normativa.

convinto che, se mai vi erano stati, da parte dei cancellieri o degli apparati superiori, certi sconfinamenti ai danni delle amministrazioni comunitative, ciò era accaduto anzitutto in quanto i meccanismi adottati per formare le nuove rappresentanze locali erano risultati inidonei a selezionare una élite comunale tanto responsabile da meritarsi l'autonomia concessale dal « Provvido Legislatore ». Qualunque tentativo di riassetto del sistema, perciò, non poteva che muovere da un' almeno parziale ridefinizione di tali regole fondamentali.

Com'è noto, due erano gli organismi collegiali a cui Leopoldo aveva affidato il governo delle sue nuove comunità: un consiglio largo, a cui erano per lo più ammessi tutti i « possidenti di beni stabili » del Comune ⁽²⁶⁾ (Consiglio che però si limitava ad approvare un consuntivo annuale e a deliberare pochi altri atti tipici ⁽²⁷⁾) ed uno più ristretto (il « Magistrato comunitativo »), vero organo di gestione dell'ente. A quest'ultimo, destinato a rappresentare « a tutti gli effetti il corpo della comunità », come recitavano i regolamenti, e composto da un Gonfaloniere e da numero di « priori » solitamente compreso tra i sei e i dodici, potevano accedere invece i soli titolari di un censo fondiario qualificato, determinato da ciascun regolamento comunitativo particolare ⁽²⁸⁾. Che una certa selezione

⁽²⁶⁾ Le soglie di accesso a questo « Consiglio generale » (o anche « Consiglio dei deputati dei popoli », perché in esso era assicurata una rappresentanza paritetica di ciascuno dei « popoli » — cioè delle frazioni — di cui si componeva la comunità) variavano poi in relazione alle diverse aree dello Stato. Nel Contado di Firenze, tipicamente, oltre ai proprietari di qualsiasi unità fondiaria, erano anche rappresentati gli artigiani e i mezzadri, mentre nel Distretto talvolta si esigeva il pagamento aggiuntivo di una piccola imposta, talaltra invece si faceva posto anche a tutti i capifamiglia residenti, anche se non proprietari. Queste differenze, legate alla perdurante disomogeneità fiscale del territorio toscano, non mutavano comunque in modo sostanziale la fisionomia dell'organo.

⁽²⁷⁾ Come l'approvazione delle spese straordinarie, l'« elezione e conferma » dei medici e cerusici, o l'assegnazione dei benefici parrocchiali.

⁽²⁸⁾ La determinazione di questa soglia fu operata caso per caso e senza applicare alcun criterio generale, data anche la mancanza di qualsiasi omogeneità fiscale nell'ambito del territorio. Tutto porta a ritenere che, anche su questo delicato versante, sia risultato decisivo il lavoro sul campo compiuto da Francesco Gianni, alle cui continue « gite » sul territorio, condotte tra 1773 e 1776, si deve la messa a punto della più parte dei regolamenti particolari (cfr. le minute correlate in ASF, *Revisioni e Sindacati*, 649-659).

censitaria fosse connaturata al modello stesso di una comunità di contribuenti, ciò era ovvio. Nella prospettiva fisiocratica, infatti, solo la responsabilità fiscale del singolo proprietario poteva garantire un'amministrazione presuntivamente oculata e corretta; e, dal momento che il grado di tale responsabilità diminuiva in relazione diretta al contrarsi della massa estimale, era naturale che chi meno possedeva fosse ritenuto anche meno capace di ben governare la collettività⁽²⁹⁾; senz'aggiungere, poi, che un certo livello di agiatezza costituiva la precondizione di quella « *éducation* » su cui si basava tutto quanto il progetto dell'autogoverno proprietario⁽³⁰⁾. Una tale evidenza, d'altra parte, non aveva impedito a Leopoldo di aprire le porte delle sue magistrature comunitative a una fascia abbastanza estesa di proprietari medio-piccoli; e ciò nella convinzione che fosse preferibile reclutare la rappresentanza locale tra i residenti di ciascun territorio piuttosto che tra quei grandi proprietari, laici od ecclesiastici, così numerosi in Toscana, i quali, risiedendo per lo più nei principali centri urbani della regione, difficilmente avrebbero potuto nutrire un interesse apprezzabile allo sviluppo uniforme di tutto lo spazio regionale⁽³¹⁾. I vari regolamenti comunitativi, dunque, avevano fissato delle soglie di accesso al Magistrato « né particolarmente alte né particolarmente selettive »⁽³²⁾. Con la conseguenza di creare (quantomeno nelle comunità diverse dalle città⁽³³⁾) e che, non essendo troppo contigue a queste ultime, non

(29) Già nel Quesnay del *Tableau économique*, il proprietario fondiario era univocamente pensato come « un homme riche », la sua vocazione naturale essendo appunto quella di arricchire se stesso e lo Stato (MERGEY, *L'État des physiocrates*, cit., p. 241).

(30) La determinazione di un qualche censo per accedere alle cariche — notavano per es. Dupont e Turgot — è fondamentale « en ce que, mettant le plus souvent la pluralité des voix décisives du côté de ceux qui ont reçu le plus d'éducation, il rendrait les assemblées beaucoup plus raisonnables que si c'étaient les gens mal instruits et sans éducation qui prédominassent » (*Mémoire sur les municipalités* (1775), in *Œuvres de Turgot*, Paris, Guillaumin, 1844, t. II, p. 516).

(31) Decisivo, in questo, fu l'indirizzo impresso da Gianni, favorevole ad un modello di proprietà diffusa e ad una conseguentemente più inclusiva struttura comunitaria (DIAZ, *Francesco Maria Gianni*, cit., cap. III).

(32) SORDI, *L'amministrazione*, cit., p. 181.

(33) Per queste ultime, una ormai consistente messe di studi permette di confermare che la riforma, smussata qui dalla riserva di un certo numero di seggi agli

subissero una schiacciante preponderanza della proprietà cittadina ⁽³⁴⁾) un ceto di governo di livello intermedio, che negli anni seguenti sembra sia non raramente riuscito a prevalere, nella occupazione delle cariche, sulla medio-grande possidenza forestiera ⁽³⁵⁾.

Ora, secondo Poltri, la prima ragione delle debolezze mostrate dal sistema leopoldino era da rintracciare proprio in questa troppo modesta soglia censuaria. Contrariamente a quanto auspicato dai padri della riforma, quella soglia aveva consegnato le comunità nelle mani di una classe di amministratori spendaccioni e negligenti, in quanto non sufficientemente esposti, sul piano personale, agli effetti tributari della loro stessa gestione. Di conseguenza, il primo rimedio proposto per ovviare alle disfunzioni della macchina amministrativa consisteva nell'ammettere alla massima magistratura comunale solo « chi possederà un censo, o massa di estimo, doppia di quella che è stata per un tale oggetto necessaria finora » ⁽³⁶⁾.

appartenenti al ceto nobiliare, non spostò in modo decisivo gli equilibri tradizionali (cfr. ad es. F. MARTELLI, *Cittadini, nobiltà e riforma comunitativa a Pescia*, in *Una politica per le Terme. Montecatini e la Val di Nievole nelle riforme di Pietro Leopoldo*, Siena, Periccioli, 1985, pp. 110-132; F. ANGIOLINI, *Il ceto dominante a Prato in età moderna*, in *Prato, storia di una città*, II, *Un microcosmo in movimento (1494-1815)*, a cura di E. Fasano Guarini, Firenze, Le Monnier, 1986, pp. 402-427; D. BARSANTI, *La nobiltà, la riforma municipale a Pisa e il ruolo dell'Ordine di santo Stefano*, in *L'ordine di Santo Stefano e la nobiltà toscana nelle riforme municipali settecentesche*, Pisa, ETS, 1995, pp. 31-51; M. ASCHERI, *La nobiltà e la riforma delle istituzioni comunali a Siena*, ivi, pp. 123-140; R. SALVADORI, *La nobiltà e la riforma municipale di Arezzo*, ivi, pp. 167-193).

⁽³⁴⁾ Come accadeva per es. in gran parte del Contado fiorentino. Basti, per tutti, il caso di Fiesole: dove l'entrata in vigore della riforma segnò l'estromissione immediata dal Magistrato comunitativo di tutti i membri della vecchia comunità (in gran prevalenza cavatori e scalpellini) a favore di quei proprietari fiorentini che praticamente possedevano da sempre l'intera superficie fondiaria del Comune (F. MINECCIA, *La pietra e la città. Famiglie artigiane e identità urbana a Fiesole dal XVI al XIX secolo*, Venezia, Marsilio, 1996, pp. 146-152).

⁽³⁵⁾ Il caso di studio ancor oggi probabilmente più interessante sotto questo profilo è quello presentato da A. CONTINI, *Ceto di governo e riforma comunitativa in Val di Nievole*, in *Una politica per le Terme*, cit., pp. 240-275, che dimostra appunto come in comunità rurali medio-piccole, quali Montecatini, Massa e Cozzile o Monsummano, i proprietari autoctoni della fascia pedecollinare, favoriti anzitutto da soglie di ammissione censitarie assai basse, avessero marginalizzato i proprietari fiorentini o pisani delle grandi fattorie presenti in pianura.

⁽³⁶⁾ Cfr. § 168 del progetto (*Nuove istruzioni*, cit., cc. 62v. -63r.).

Il mezzo dell'aumento del censo — notava il nostro — mi è parso molto efficace per migliorare la sorte delle magistrature senza alterare sostanzialmente il piano dei regolamenti. Quei comunisti, che per ragione di un patrimonio più esteso, possono risentire le conseguenze degli errori dell'amministrazione comunitativa, sono in grado di risvegliarsi dall'indolenza molto più facilmente de' piccoli possessori, che vi hanno tanto minor interesse ⁽³⁷⁾.

A dispetto del suo carattere in apparenza puramente chirurgico, questo intervento alterava in modo radicale la precedente fisionomia del governo locale toscano, riservandone la rappresentanza ad un numero paurosamente limitato di soggetti. Lo si misurerà fino in fondo sotto la Restaurazione: quando, realizzato effettivamente il suggerimento di Poltri, risulterà che il numero complessivo degli eleggibili alle magistrature comunitative ammontava a meno di 18.000 persone (pari al 12% di tutti i possidenti toscani e appena all'1,3/1,5% a quella che era allora la popolazione totale del Granducato ⁽³⁸⁾). A fine Settecento, certo, non esistendo ancora un catasto generale, nessuno poteva avere una così esatta percezione degli effetti di una misura del genere. Ma che una tale modifica fosse destinata a produrre conseguenze pesanti sulla fisionomia della classe dirigente locale era egualmente evidente: come testimonia il fatto che lo stesso Poltri si fosse preoccupato di autorizzare eventuali deroghe alla disciplina generale da lui proposta per quelle comunità in cui il raddoppio del censo avesse ridotto il numero degli eleggibili a meno di un sesto dei posti da coprire — cioè a poche decine, se non a poche unità, di soggetti ⁽³⁹⁾. L'originario modello della comunità dei possessori era stato sostituito da una sua variante

⁽³⁷⁾ *Ibidem*. A completare questa chiusura, Poltri proponeva parallelamente di escludere dai Consigli generali tutti i « lavoratori e testanti » (cioè i mezzadri e gli artigiani paganti una qualche capitazione, che secondo il regolamento generale del Contado vi erano ancora ammessi), rilevando che costoro potevano talvolta contribuire a deliberare « gravissime spese » senza « risentirne il minimo aggravio », nonché d'introdurre anche per i proprietari sedenti in questi Consigli una soglia di accesso pari a un dodicesimo di quella necessario per far parte del Magistrato (ivi, rispettivamente § 175, c. 65r. e § 172, c. 64r.).

⁽³⁸⁾ G. BERGONZI, *Tra 'Stato di municipi' e 'Stato moderno'. Il contraddittorio percorso dell'amministrazione municipale nel Granducato di Toscana tra il 1825 ed il 1853*, in « Rassegna storica toscana », 49 (2003), pp. 259-60. I dati correlativi furono raccolti nel 1834, nel corso di una indagine condotta al termine della confezione del nuovo catasto (ASF, *Segreteria di finanze 1814-1848*, 1150 e 1151).

⁽³⁹⁾ *Nuove istruzioni*, cit., c. 141.

elitaria — quella, si potrebbe dire, di una ‘comunità dei rentiers’ o dei notabili, il cui nocciolo duro coincideva a sua volta con un patriato cittadino da sempre titolare di un tipo di proprietà dall’ampia pezzatura, diffusissima in quasi tutte le zone pianeggianti e pedecollinari della regione ⁽⁴⁰⁾. Era a questo cetto, fin dal Rinascimento costituente la spina dorsale della società toscana, che tornavano a volgersi ormai gli sguardi di una classe dirigente ferdinanda profondamente scossa dal vento della Rivoluzione e desiderosa di chiudere quanto prima con lo sperimentalismo dell’età delle riforme.

Non possiamo qui soffermarci su tutto il resto di questo complicato e voluminoso progetto, di cui semmai richiederemo qualche snodo più oltre. Basti ora aggiungere che il nostro testo, pur una volta ricondotto il governo locale nelle mani di un cetto amministrativo ritenuto più omogeneo e affidabile di quello a cui erano andate le simpatie dei riformatori leopoldini, non per questo era disposto a tornare a condividere la fiducia di questi ultimi nei confronti dell’autogoverno comunale. Limitare la capacità di spesa delle comunità ⁽⁴¹⁾; comprimere le già ridotte competenze del Consiglio generale a favore di quelle del Magistrato ⁽⁴²⁾; potenziare i controlli ed il ruolo di quegli apparati centrali di cui Gianni sembrava invece aver quasi vagheggiato la dissoluzione ⁽⁴³⁾ — questi

⁽⁴⁰⁾ Per certi versi, si può pensare a un ri-orientamento verso quel tipo di élite a cui aveva pensato venticinque anni prima Pompeo Neri, quando, vergando ad es. la celebre memoria sulla « Riforma dei Magistrati della Parte e dei Nove », aveva sottolineato, in sintonia con le correnti maggiori del pensiero fisiocratico, la necessità di appoggiare l’autogoverno locale a un cetto proprietario portatore di una indiscussa supremazia tanto economica che culturale (V. BECAGLI, *Pompeo Neri e le riforme istituzionali della prima età leopoldina*, in *Pompeo Neri*. Atti del convegno di Castelfiorentino, 6-7 maggio 1988, a cura di A. Frantoianni, M. Verga, Castelfiorentino, Società storica della Valdelsa, 1992, pp. 334-376).

⁽⁴¹⁾ Ciò, per es., prescrivendo al cancelliere di sospendere la spedizione dei mandati di pagamento in assenza di copertura di cassa: *Nuove istruzioni*, cit., § 319, c. 109r.

⁽⁴²⁾ Ivi, § 342, c. 116r.

⁽⁴³⁾ Mentre, per es., secondo i regolamenti leopoldini era il solo giudice locale a dover eventualmente sospendere e deferire al sovrano le delibere di spesa straordinarie, Poltri ritiene necessario che su di esse intervengano anche i soprintendenti provinciali, cioè i terminali dell’apparato centrale: la loro ispezione essendo per lui l’unico rimedio possibile « alla dissipazione delle rendite comunitative, che ho veduto in molti casi farsi fin qui » (ivi, § 149, c. 55r.).

erano i tratti più evidenti del nuovo modello di gestione amministrativa auspicato da Poltri. In esso, riaffiorava ad ogni passo la diffidenza del funzionario d'apparato verso una libertà delle periferie di cui si riteneva ormai che lo Stato avesse fatto una prova per molti versi fallimentare.

2. *1794. Sorteggiare od eleggere? I dilemmi della Deputazione sulla rifusione dei regolamenti comunitativi.*

Come si è già detto, non ci è nota la data in cui il nostro cancelliere iniziò a lavorare al suo progetto. Sappiamo però che esso venne portato a compimento nel settembre del 1792 — come risulta dalla già richiamata lettera di trasmissione del progetto definitivo a Schmidweiller. A quella altezza, tuttavia, la vicenda che stiamo ricostruendo aveva già imboccato una direzione parzialmente divergente rispetto al suo prevedibile corso iniziale. Ferdinando, infatti, informato dai suoi ministri che l'opera di revisione normativa intrapresa da Poltri era giunta a mettere in questione «alcune delle massime fondamentali dei presenti regolamenti», aveva chiesto di verificare se, a questo punto, non convenisse «piuttosto rifondere i medesimi che supplirvi con nuove Istruzioni»; e già il 21 agosto dello stesso anno aveva insediato una commissione di studio formata dai cinque più alti funzionari addetti al governo del territorio, con l'incarico appunto di esaminare l'ipotesi di una «rifusione» dei cinque regolamenti generali leopoldini in una sorta di nuovo testo unico⁽⁴⁴⁾. Venuto a conoscenza di questa iniziativa, Poltri non se ne mostrò entusiasta, manifestando il timore che essa potesse risolversi in una pericolosa delegittimazione della memoria del precedente Granduca e dichiarando la sua preferenza per un intervento meno vistoso che, come appunto il suo, riformasse il sistema lasciandone

⁽⁴⁴⁾ Anche quest'atto non ci è noto; ma di esso fa chiara menzione lo stesso Poltri nella sua missiva al Segretario delle finanze del 29 settembre, nella quale riporta appunto le due citazioni richiamate nel testo. La Deputazione era composta dal Soprassindaco della Camera della Comunità di Firenze, Niccolò Antinori, dal Provveditore dell'Ufficio dei Fossi di Pisa, Giovanni Bernardi, dal Provveditore delle Comunità della Provincia Superiore di Siena, Pandolfo Spannocchi, dal Provveditore dell'Ufficio dei Fossi di Grosseto, Francesco Dini e dall'aiuto del Soprassindaco Antinori, Girolamo Cini.

però intatta la facciata formale ⁽⁴⁵⁾. Ciononostante, la commissione non solo iniziò egualmente i suoi lavori, ma il 14 maggio del 1794 giunse a trasmettere a Schmidweiller un articolato rapporto, nel quale, pur ribadendo una fedeltà di principio alle « massime fondamentali » della riforma leopoldina, segnalò una serie di modifiche all'impianto di quest'ultima ritenute indispensabili ad assicurarne il buon funzionamento ⁽⁴⁶⁾. Presentata nella forma di una serie di « appunti » specifici, ognuno dei quali accompagnato da una sua relazione giustificativa, la proposta, assicurava la commissione, avrebbero reso la successiva stesura del nuovo « regolamento » (al singolare) una « occupazione sicura e breve », una volta che il sovrano ne avesse approvati i principi ⁽⁴⁷⁾.

Questo rapporto, originariamente allegato alla lettera di trasmissione, non risulta purtroppo presente nel nostro fascicolo. Almeno in parte, però, il suo contenuto può essere ricostruito grazie a un altro documento di cui diremo tra poco, nel quale vengono riportati testualmente tutti gli « appunti » della Deputazione di cui si è detto or ora ⁽⁴⁸⁾. Si tratta di quattordici proposte — cinque o sei delle quali relative alla formazione delle rappresentanze comunali, le altre invece alla rettifica di alcuni aspetti della macchina amministrativa locale (dalle modalità di nomina dei Camarlinghi e dei « condotti » fino ai limiti imposti alla facoltà di spesa comunale). Ne esce, come vedremo, un profilo della comunità profondamente rinnovato, che sviluppa in senso ancor più accentratore certi tratti già anticipati dal progetto Nati Poltri.

E tuttavia, per quanto ormai abbastanza coerente e matura, questa proposta di revisione s'incagliò prima ancora di giungere sul tavolo delle autorità superiori. I membri della Deputazione, infatti, per quanto sostanzialmente concordi sulla maggior parte delle modifiche da apportare al sistema, già nel mese di aprile del '94 si erano

⁽⁴⁵⁾ Così ancora nella sua lettera del 29 settembre cit.

⁽⁴⁶⁾ La lettera di trasmissione di tale rapporto — recante invero la firma dei soli Spannocchi, Bernardi e Dini — si può leggere in ASF, *Miscellanea di Finanze* A 156.

⁽⁴⁷⁾ *Ibidem*.

⁽⁴⁸⁾ È la relazione di Neri Corsini di cui diremo nel paragrafo successivo: la quale si presenta come un commento critico al testo dei quattordici « appunti », riprodotti a margine, e dei quali Corsini riassume ampiamente le motivazioni in base alle rispettive relazioni giustificative che egli aveva sotto gli occhi.

divisi su una questione mai prima d'allora emersa nel dibattito istituzionale toscano e la cui mancata soluzione li costrinse a presentare al principe due relazioni distinte, una di maggioranza e una di minoranza ⁽⁴⁹⁾.

Il problema da sciogliere, in sostanza, era se le rappresentanze comunitative si dovessero selezionare per sorteggio oppure mediante elezione.

Fino a Leopoldo, come si sa, le comunità toscane avevano per lo più scelto i componenti dei rispettivi organismi deliberanti tramite un sistema misto di cooptazione e sorteggio, le cui origini rimontavano al XIV secolo ⁽⁵⁰⁾. Gli amministratori della comunità, in sostanza, venivano periodicamente estratti da certe urne di candidati (le c.d. « borse ») contenenti, a loro volta, i nomi di quei cittadini « abili agli uffici » che vi erano stati discrezionalmente immessi da appositi ufficiali (c.d. « riformatori », « imborsatori » o « imbossolatori »), i quali erano in sostanza i veri arbitri della composizione della classe dirigente ⁽⁵¹⁾. Le tecniche di designazione di questi personaggi erano molto complesse e variavano all'infinito a seconda degli statuti e delle consuetudini locali ⁽⁵²⁾. In un modo o nell'altro, però, essi erano sempre indirettamente nominati dai membri dei consigli comunitativi in carica in prossimità dello scadere del loro mandato. Erano i vecchi rappresentanti, insomma, a scegliere i

⁽⁴⁹⁾ La vicenda è riassunta nella lettera a Ferdinando sottoscritta dai nostri cinque commissari e recante la data del 19 aprile 1794, nella quale essi, allegando le relazioni di cui sopra, dichiarano di non poter proseguire nell'opera intrapresa prima che il sovrano abbia risolto l'impasse (tanto le lettere che le relazioni, in cc. non num, sono sempre in ASF, *Miscellanea di Finanze* A 156).

⁽⁵⁰⁾ Per tutti, cfr. l'ottima ricostruzione offerta da Piero GUALTIERI, *Il Comune di Firenze tra Due e Trecento. Partecipazione politica e assetto istituzionale*, Firenze, Olschki, 2009.

⁽⁵¹⁾ Com'è noto, il valore strategico di queste figure è stato colto soprattutto da E. FASANO GUARINI, *Principe ed oligarchie nella Toscana del '500* (1980), ora in EAD., *L'Italia moderna e la Toscana dei principi: discussioni e ricerche storiche*, Firenze, Le Monnier, 2008, che ne ha studiato l'ubiqua diffusione nella pratica istituzionale delle città toscane.

⁽⁵²⁾ Una campionatura ragionata dei vari modelli in uso nella nostra regione fino alla metà del Settecento è offerta in L. MANNORI, *Lo Stato del Granduca (1530-1859). Le istituzioni della Toscana moderna in un percorso di testi commentati*, Pisa, Pacini, 2015, cap. I.

nuovi: anche se tramite una procedura molto filtrata e resa ancor più imprevedibile, nei suoi esiti, dall'intervento della sorte, che impediva ad ogni singola consorteria familiare, per quanto potente, di tagliar fuori dalla competizione le altre. Ora: l'uscita di scena della vecchia « comunità degli originari » trascinò nel proprio crollo tutta la parte per così dire cooptativa di questo dispositivo, che non aveva più alcuna ragion d'essere una volta accolto il nuovo principio della equivalenza di tutti i possessori. Ma i riformatori leopoldini non videro ragione di abbandonare il metodo del sorteggio, che, al contrario, garantiva a tutti i proprietari contribuenti quella pari probabilità di accesso al governo locale che era ora divenuta appunto un elemento irrinunciabile della costituzione comunitativa. A partire dal 1774, dunque, l'estrazione a sorte non solo fu mantenuta, ma applicata senza filtri cooptativi. Le rappresentanze locali vennero formate semplicemente estraendone i componenti da due borse distinte — l'una per il Consiglio generale della comunità, nella quale erano depositati i nomi di tutti i proprietari comunali e delle altre categorie eventualmente ammesse a sedervi, l'altra invece, per il Magistrato, riservata ai soli possidenti che godessero del livello di reddito indicato di volta in volta dal regolamento locale. Il sorteggio quindi, pur applicato a due sottoinsiemi diversi di cittadini, aveva cessato di costituire un semplice correttivo della cooptazione per divenire l'unico criterio di selezione adottato per la copertura degli uffici.

Non essendoci purtroppo pervenuti, se non in forma molto frammentaria, i materiali preparatori della riforma comunitativa del 1774, non sappiamo se questa scelta così esclusiva a favore della estrazione a sorte sia stata preceduta da una qualche discussione nell'ambito dell'entourage di Pietro Leopoldo. Certo è che la soluzione adottata allora dai riformatori toscani non collimava molto, su questo punto, con l'orientamento accolto dalla più o meno coeva letteratura fisiocratica francese che pur troviamo impegnata, in quello stesso torno di tempo, in uno sforzo di riprogettazione della costituzione territoriale molto simile a quello leopoldino. Chi apra, per esempio, il *Mémoire sur les municipalités* di Dupont-Turgot o il *De l'Administration provinciale* di Le Trosne constata subito come, per questi autori, la natura elettiva delle rappresentanze comunita-

tive fosse ormai un dato del tutto pacifico ⁽⁵³⁾. Per quanto ancora lontanissimi, certo, dal riconoscersi in un individualismo elettorale di marca angloamericana, essi faticavano a concepire una qualunque forma di rappresentanza che prescindesse dal conferimento di una delega da parte dei rappresentati, intesa come condizione essenziale di legittimazione all'esercizio di un qualsiasi incarico pubblico ⁽⁵⁴⁾. Questo era appunto il passaggio logico che il modello leopoldino non sembra aver neppure presentato. Esso continua ad essere ancorato, consapevolmente o meno, a un concetto premoderno di rappresentanza corporativa, secondo il quale il rappresentante non era una creazione del rappresentato, ma piuttosto una parte del corpo comunitativo stesso, naturalmente deputata ad esprimerne la volontà. Proprio per questo, la concreta individuazione dei rappresentanti ben poteva avvenire senza chiamare in causa la volontà dei singoli cittadini, ma tramite un procedimento impersonale che riproduceva, su piccola scala, la fisionomia complessiva del corpo. Per usare un vecchio linguaggio medievale, il nostro modello si collocava ancora tutto nel solco di una « *repraesentatio identitatis* », e non di una « *repraesentatio procurationis* » ⁽⁵⁵⁾.

Come si è visto, per quanto critico nei confronti del dispositivo di formazione della rappresentanza adottato da Pietro Leopoldo,

⁽⁵³⁾ Cfr. di nuovo MERGEY, *L'État des physiocrates*, cit., p. 244 e ss. Per Dupont, il regime elettivo è un sistema selettivo fondato su una tale validità autoevidente da risultare privo di alternative: se non ogni « *chef de famille* », certamente ogni proprietario deve « *avoir sa voix... pour choisir ceux qui auraient à se mêler des affaires de la communauté* » (*Mémoire sur les municipalités*, cit., p. 510). Ma già quindici anni avanti il Mirabeau della *Tbéorie de l'impôt* non esitava a qualificare tutti gli amministratori locali e provinciali del nuovo sistema rappresentativo che andava immaginando come dei « *conseillers électifs* ».

⁽⁵⁴⁾ Questo scatto culturale, proprio di tutta una parte della cultura settecentesca europea, è ben colto, in termini generali, da O. CHRISTIN, *Vox populi. Une histoire du vote avant le suffrage universel*, Paris, Le Seuil, 2014.

⁽⁵⁵⁾ Per queste categorie, ricavate soprattutto dal pensiero del teologo spagnolo quattrocentesco Juan de Segovia, cfr. H. HOFMANN, *Rappresentanza-rappresentazione. Parola e concetto dall'antichità all'Ottocento* (2003), tr. it. Milano, Giuffrè, 2007, pp. 251-268. Una interessante applicazione di questa griglia concettuale proprio al modello elettorale della Firenze medievale si può vedere in J. BOUTIER, Y. SINTOMER, *Florence: un enjeu pour l'histoire du politique*, in « *Revue française de science politique* », 64 (2014), pp. 1068-1073.

Francesco Poltri non ne aveva messo minimamente in questione il nucleo fondamentale. Le sue critiche non riguardavano infatti l'impiego a tutto campo della tecnica del sorteggio, ma solo una troppo generosa delimitazione della popolazione sorteggiabile. La scarsa affidabilità degli amministratori, che costituiva il principale limite del sistema, si sarebbe potuta emendare semplicemente raddoppiando le soglie censitarie richieste per venire inclusi nelle borse delle magistrature locali. Assai diverso fu invece l'atteggiamento della Deputazione incaricata di rifondere i regolamenti leopoldini. Al suo interno, ben quattro membri su cinque riconobbero che le disfunzioni della riforma dovevano essere attribuite anzitutto ad un metodo selettivo dei componenti il Magistrato affidato esclusivamente alla « illusione della sorte, la quale non risponde della cattiva scelta degli amministratori che pone in essere »⁽⁵⁶⁾. Ancor prima che un censo sicuramente troppo modesto, era stata la « casualità della tratta » a riempire i seggi priorili d'incapaci, di profittatori e di seminatori di « zizzania »; i quali, pur avendo « meritata la più cattiva opinione dei loro concittadini », si erano trovati lo stesso abilitati a governarli in virtù di un sorteggio che aveva loro permesso di « lucrare nei lavori, e spese comunitative promosse da loro, o per capriccio, o per fine privato »⁽⁵⁷⁾. Per risanare il sistema, d'altra parte, i nostri quattro deputati non proposero la soluzione per noi apparentemente più ovvia — quella, cioè, di sostituire al sorteggio una elezione diretta dei rappresentanti da parte della generalità dei comunisti. Pur convinti, infatti, che fosse indispensabile riconoscere una certa « influenza del corpo nella scelta di chi deve rappresen-

⁽⁵⁶⁾ Così la relazione II del nostro fascicolo, firmata da Antinori, Bernardi, Spannocchi e Cini e recante la data 19 aprile 1794. In essa si sosteneva che affidare la cura dei patrimoni e degli interessi della comunità a un personale scelto « senza riguardo alla capacità di credito, e [al] carattere delle persone » costituiva un metodo inaccettabile, « mal sofferto dalla miglior parte dei possessori, e dei comunisti » e che richiedeva urgentemente di essere emendato tramite « un temperamento di soddisfazione » da offrire « al pubblico che lo attende ».

⁽⁵⁷⁾ « I brogli di tali soggetti quando risiedono — proseguiva il testo — sono di una forza grandissima, giacché, essendo i più attivi, e ordinariamente con qualche talento, attraggono facilmente le persone idiote destinate a seguire il parer degli altri, e producono perciò uno sconcerto notevole ». L'idea, insomma, è che il sorteggio realizzi quasi una specie di selezione inversa, volta a privilegiare naturalmente i peggiori.

tarlo », essi continuarono a ritenere che, « siccome questo corpo non è in grado da sé tutto insieme di eseguire una tale operazione, così non si può scegliere altro compenso che più vi si avvicini, di quello di affidarne la scelta di anno in anno al seggio comunitativo, come il rappresentante della sua comunità ». Nella percezione di questi funzionari, il corpo è ancora molto lontano dal presentarsi come una sommatoria d'individui; e l'idea stessa che chi è chiamato a governarlo possa essere designato dal voto maggioritario dei singoli che lo compongono non viene neppure presa in considerazione. Come nella tradizione medievale, invece, sembra naturale che siano gli organi già costituiti a selezionare i rispettivi successori. I commissari dunque, una volta suggerito che i due organismi rappresentativi dell'ente — Consiglio generale e Magistrato — si rinnovassero annualmente non per intero, ma solo della metà (secondo un'idea che era già stata suggerita da Poltri), proposero che, ad ognuno di questi rinnovi parziali, dovesse estrarsi dalle borse rispettive un numero doppio di candidati rispetto ai posti da reintegrare, e che successivamente il Consiglio generale avesse il compito di scrutinare tra costoro i membri del Magistrato e il Magistrato quelli del Consiglio. Si sarebbe così reintrodotta una forma di cooptazione simile a quella già propria del modello elettorale preleopoldino: con la differenza che adesso il sorteggio avrebbe dovuto *precedere*, e non seguire, lo scrutinio cooptativo. In tal modo, si sarebbe evitata la ricostituzione di ogni élite autoperpetuantesi, mentre il ricorso al voto sarebbe servito a temperare i difetti più gravi del sorteggio, assicurando una certa scrematura degli estratti.

Nonostante il suo carattere moderato, questa soluzione non riosse però il consenso di tutti i membri della deputazione. Se la riforma leopoldina — notò infatti Francesco Dini, Provveditore dell'Ufficio dei Fossi di Grosseto, in una sua relazione di minoranza ⁽⁵⁸⁾ — aveva conferito « il diritto di risiedere nel Magistrato a tutti quelli che posseggono una determinata massa di censo », « rilasciare alla libera altrui volontà il mezzo di escludere chiunque dall'esercizio dell'istesso diritto » non poteva che costituire una contraddizione insanabile rispetto allo spirito della riforma stessa.

(58) È la relazione I contenuta nel fascicolo datata 11 aprile 1794.

Rendere contendibile, inoltre, l'accesso alle magistrature avrebbe alimentato a dismisura tanto la conflittualità sociale quanto il discredito delle istituzioni nella coscienza comune (chi, infatti, si fosse visto escluso dalla possibilità di sedere in esse ad opera di un verdetto elettorale sfavorevole, non per questo avrebbe cessato di sentirsi « meritevole di cuoprirle in preferenza di ogni altro », e avrebbe tratto anzi da questa sua ambizione frustrata un « disgusto » verso il sistema ben più acuto di quello indotto dalla imparziale selezione della sorte). Quel sistema non era perfetto, certo. Ma il modo di migliorarlo non consisteva di sicuro nel rimettere la scelta degli amministratori alla illusoria saggezza di una « pubblica fiducia » dietro alla quale si nascondevano solo i maneggi dei « cabalisti ». Molto meglio seguire fino in fondo l'ispirazione originaria della riforma, che aveva indicato nell'amministrazione locale una funzione accessibile a qualsiasi proprietario, affiancandovi semmai qualche dispositivo che ne limitasse le deviazioni più gravi. Dini propose quindi di mantenere la designazione per sorteggio, applicandola però mediante la tecnica della c.d. « borsa vuota », che prevedeva di non rimettere nell'urna i nomi di coloro che venivano via via estratti fintanto che tutti gli imborsati non fossero stati chiamati a coprire l'ufficio. Eliminata in questo modo ogni ragione d'invidia e di competizione tra gli aventi diritto, si sarebbe poi potuto ovviare alle defaillances personali dei residenti incaricando, ad ogni turno, uno degli estratti (denominato « Sindacatore ») di sospendere le delibere di sospetta legittimità o opportunità e di deferirle all'amministrazione centrale, che avrebbe deciso su di esse in via definitiva ⁽⁵⁹⁾.

Riaffiorava così il profilo di una specie di democrazia degli

⁽⁵⁹⁾ Si aggiunga che, per meglio svolgere la sua proposta, Dini redasse anche una articolata minuta di motuproprio, accompagnata, in doppia colonna, da una serie di fitte osservazioni a supporto (la copia, conservata nel solito fascicolo, è anonima, ma chiaramente riconducibile all'impianto argomentativo del nostro provveditore); e ciò per sostituire i regolamenti in vigore con un testo unitario basato appunto, sui principi già esposti nella sua relazione al sovrano. Non c'è qui spazio per soffermarsi su questo testo, fondato comunque su una critica radicale al sistema elettivo in tutte le sue possibili forme come fomite di ogni tipo di raggio. Lo stesso sistema proposto dai relatori di maggioranza della Deputazione — quello, in sostanza, mirante a combinare elezione e sorteggio — è, per Dini, inaccettabilmente contraddittorio, nel suo abbinare « Magistrato eletto ed elettori casuali ».

antichi, il cui nucleo forte era costituito dalla certezza che ogni proprietario contribuente avrebbe avuto una sua occasione di esercitare le cariche, al netto di ogni qualifica capacitaria; mentre la responsabilità di rimediare agli errori amministrativi di questi così poco selezionati rappresentanti sarebbe ricaduta sulle burocrazie superiori, destinate ad assumere di nuovo in qualche misura quel ruolo « tutorio » che era stato già proprio delle vecchie autorità medicee.

3. 1795: *il memoriale Corsini*.

Non sappiamo esattamente quale atteggiamento il governo abbia assunto di fronte alla spaccatura manifestatasi in seno alla Deputazione. Il nostro fascicolo d'archivio non conserva infatti alcuna risposta alla lettera con cui, il 19 aprile 1794, i commissari resero note al principe le ragioni del loro dissenso e lo sollecitarono a sbloccare l'impasse tramite un opportuno intervento. Fu però probabilmente questa battuta d'arresto a costituire la premessa dell'ultimo e forse più interessante sviluppo della vicenda che stiamo ricostruendo — il coinvolgimento, cioè, nell'ambito del dibattito, di una figura dalla caratura sociale ed intellettuale ben superiore a quella dei funzionari che abbiamo incontrato fin qui, quale quella del principe Neri Corsini. Destinato a divenire, sotto la Restaurazione, il principale regista della diplomazia toscana, e poi a entrare nello stesso Consiglio del granduca come Direttore della Segreteria di Stato ⁽⁶⁰⁾, tra 1794 e 1795 Corsini, allora appena ventiquattrenne, muoveva i suoi primi passi nel *cursus honorum* nella burocrazia granducale, prestando servizio nel dipartimento delle Finanze come segretario di Luigi Schmidweiller ⁽⁶¹⁾. Fu in questa veste, appunto, che il futuro *grand commis* venne chiamato ad istruire per il Consiglio di Stato le proposte di riforma avanzate dalla Deputazione circa la rifusione dei regolamenti comunitativi: compito che egli

⁽⁶⁰⁾ Cfr. N. DANELON VASOLI, *Neri Corsini*, in *Dizionario biografico degli italiani*, vol. 29, Roma, Treccani, 1983, pp. 657-660.

⁽⁶¹⁾ Nell'inventario archivistico della Segreteria stessa infatti, il suo nome ricorre varie volte nel biennio in questione, prima di essere inviato a Parigi in qualità di rappresentante diplomatico della Toscana all'inizio del '96.

assolse presentando allo stesso Schmidweiller, l'8 giugno 1795, una densa e lunga relazione, concepita come una disamina critica dei singoli 'appunti' redatti dalla Deputazione stessa l'anno precedente ⁽⁶²⁾.

Due i nuclei tematici principali del documento — il meccanismo elettorale, cioè, e le restrizioni al principio dell'autonomia comunitativa.

Sul primo punto, intanto, Corsini rifiutò seccamente la proposta della « borsa vuota » avanzata da Francesco Dini, qualificandola come un « sistema che senza necessità assicura alle Comunità tutti i danni, che molti cattivi amministratori inclusi nelle borse possono loro arrecare » ⁽⁶³⁾. La bocciatura di questo metodo, tuttavia, non preludeva per nulla, nella prospettiva di Corsini, ad una incondizionata apertura verso il voto maggioritario. Se il libero suffragio degli elettori, infatti, gli pareva in grado di assicurare un giusto riconoscimento alla « capacità », al « credito » e al « carattere delle persone », altrettanto certamente esso portava con sé « il pericolo della corruzione e dell'intrigo »; per scongiurare il quale, non vi era altro rimedio che un sistema misto, come quello proposto dalla Deputazione. Diversamente da quest'ultima, però, Corsini riteneva inaccettabile affidare la scelta dei nuovi amministratori a quelli uscenti, troppo interessati a coprire le eventuali magagne della loro precedente gestione. Meglio, invece, estrarre dalle solite borse dei censiti, ad ogni rinnovo, un piccolo collegio elettorale ad hoc di ventiquattro cittadini, che scegliesse i rappresentanti nell'ambito di una doppia

⁽⁶²⁾ Il documento (sempre in ASF, *Miscellanea di Finanze* A 156, allegato alla lettera d'accompagnamento su citata) è in doppia colonna su 194 facciate da noi numerate e citate di seguito come « pagine ». La relazione non ha un titolo specifico e segue l'ordine degli « appunti » della Deputazione, riprodotti nella colonna di sinistra, mentre in quella di destra sono riportate le « proposizioni » dell'autore, suddivise in tante « Memorie » quanti sono gli « appunti » ed introdotte da un breve titolo corrispondente al contenuto di questi ultimi. Nella lettera di accompagnamento, Corsini presenta la relazione solo come un primo abbozzo di quelle « massime generali » a cui sta ancora lavorando e che spera di riuscire a presentare prossimamente al Direttore. Le citazioni successive si riferiscono alle facciate come da noi numerate.

⁽⁶³⁾ Memoria III, « Sostituzioni », p. 46.

rosa di candidati a loro volta designati dalla sorte, per sciogliersi subito dopo ⁽⁶⁴⁾.

L'aspetto più interessante, però, del modello elettorale corsiniano è quello relativo alla determinazione della capacità censitaria degli aventi diritto. Per un verso, beninteso, il nostro giovane patrizio si dichiarò perfettamente d'accordo con tutti i precedenti partecipanti al dibattito circa la necessità di ridimensionare l'eccessivo peso politico dei piccoli proprietari nelle rappresentanze locali. Portatori di bisogni marcatamente particolaristici, e non inibiti da una responsabilità economica personale irrisoria rispetto agli oneri che erano in grado di far assumere alle comunità, costoro tendevano a incrementare a dismisura la spesa locale, scaricandola poi in gran parte sulle spalle di quei « grossi possessori » che, minoritari nei consigli e nelle magistrature, finivano così per trovarsi « tiranneggiati » dai piccoli ⁽⁶⁵⁾. Ma il rimedio di queste distorsioni non poteva essere quello di raddoppiare le soglie censuarie esistenti. Una tale, secca misura avrebbe avuto l'effetto di « aumentare il numero degli infelici possessori condannati ad una perpetua inattività » ⁽⁶⁶⁾, consegnando d'altra parte l'amministrazione ad un gruppo davvero troppo esiguo di privilegiati. Molto meglio, invece, proporzionare il peso rappresentativo di ogni proprietario alla quantità effettiva del suo possesso. Lasciato intatto, cioè, il modesto livello censuario fissato da Leopoldo, Corsini propose di consentire a tutti i titolari di una quota estimale multipla rispetto ad esso di « imborsare » il proprio nome un numero di volte pari a quel multiplo medesimo — e ciò tanto nelle borse del Magistrato quanto in quelle del Consiglio generale. La probabilità che ogni possessore venisse estratto sarebbe così aumentata in ragione diretta del valore dei suoi beni, pur lasciando una chance di risiedere anche a tutti i proprietari minori. Un meccanismo, questo, che, oltre a risultare il più aderente alla filosofia della riforma, avrebbe permesso di non escludere dalle

⁽⁶⁴⁾ Ivi, p. 51. Fondamentale, per l'autore, è che il giudizio sugli eligendi « sia per così dire repentino, ed improvviso tanto per rapporto alle persone, che debbono profferirlo, quanto riguardo alle persone su cui si deve profferire », in modo che non vi sia tempo per cabale e raggiri.

⁽⁶⁵⁾ Memoria I, « Censo », p. 7.

⁽⁶⁶⁾ Ivi, p. 9.

cariche, assieme ai piccoli proprietari, tutti quei « possessori medio-crici »⁽⁶⁷⁾ che, a detta di Corsini, erano i « migliori residenti », cioè più adatti ad amministrare in modo virtuoso le comunità. A differenza dei piccoli possessori, infatti, costoro erano soggetti ad una responsabilità fiscale apprezzabile, che li spingeva a gestire con relativa oculatezza; mentre, diversamente dai grandi rentiers urbani, spesso assenteisti e distratti, essi risiedevano sul territorio, erano ad esso intimamente legati e nutrivano un naturale interesse a promuoverne lo sviluppo.

Due sono, per noi, le ragioni d'interesse della proposta. La prima è una certa analogia che essa rivela con le elaborazioni teoriche dei fisiocratici francesi già citati di sopra, delle quali Pietro Leopoldo, anche volendo, difficilmente avrebbe potuto giovare, in quanto non erano ancora state pubblicate nel 1774, al momento in cui vennero fissati i lineamenti generali del suo sistema⁽⁶⁸⁾. In particolare, l'idea corsiniana di rapportare la capacità elettorale al diverso valore delle proprietà di ogni cittadino, sembra riflettere uno dei tratti forse più qualificanti degli studi sulle nuove comunità sviluppati tanto da Dupont che da Le Trosne, entrambi fautori (benché secondo criteri applicativi diversi) del metodo del voto plurimo⁽⁶⁹⁾. Non voto plurimo, tuttavia, ma imborsazione plurima propone Corsini, nel suo adattare un'idea con ogni probabilità suggeritagli da questo tipo di letteratura ad un contesto che continua

⁽⁶⁷⁾ Ivi, p. 18.

⁽⁶⁸⁾ Il *Mémoire* di Dupont-Turgot, infatti, uscì per la prima volta nel 1775, per essere riedito nel 1787 all'interno della prima edizione delle *Œuvres posthumes* di Turgot (su queste vicende editoriali e sul loro rapporto con lo svolgersi delle riforme toscane, SORDI, *L'amministrazione*, cit., p. 178 e ss.); mentre ancora quattro anni si sarebbe fatto attendere il *De l'administration provinciale et de la réforme de l'impôt* di Le Trosne (Bâle, 1779).

⁽⁶⁹⁾ L'idea comune ai due, infatti, era di « distribuer les voix des citoyens en raison de leur fortune »; ammettendo cioè chi avesse una proprietà molto vasta a votare più volte e permettendo a chi fosse invece titolare di un reddito inferiore al minimo (fissato mantenendo comunque molto alta l'asticella) di associarsi ad altri fino a formare una « tête collective ». Su tutta questa complessa progettualità, destinata poi a sfociare (benché sulla base ormai di premesse costituzionali ben diverse) nel suffragio indiretto dell'esperienza rivoluzionaria, cfr. ancora MERGEY, *L'État des physiocrates*, cit., p. 244 e ss., con rinvii alla storiografia precedente.

ad essere ancora radicalmente refrattario alla cultura elettorale moderna.

In secondo luogo, la proposta Corsini si segnala per assegnare al sistema comunitativo una base sociale abbastanza diversa da quella a cui andavano le simpatie di Nati Poltri o dei componenti la Deputazione. Ben consapevole della necessità di difendere le comunità dall'assalto dei tirannelli di paese, il nostro giovane patrizio non pensava neppure, però, che per risanare l'ordinamento comunitativo bastasse affidarne il timone alla classe redditiera. Se i piccoli avevano preso il sopravvento sui grandi, ciò era da ascrivere anzitutto alla tendenza di questi ultimi a « dispensarsi dall'aver ingerenza nell'amministrazione delle Comunità »⁽⁷⁰⁾ o a parteciparvi in modo del tutto indolente. Di qui, due interventi essenziali che Corsini proponeva a complemento del suo sistema elettorale — da un lato, contrastare il cronico assenteismo dei rappresentanti più agiati con un idoneo sistema sanzionatorio, tornando a riconoscere senza infingimenti, come nella tradizione premoderna, il carattere obbligatorio della partecipazione alle istituzioni comunitative⁽⁷¹⁾; e dall'altro consentire ai grandi proprietari che proprio non si sentissero di accettare le cariche di farsi « sostituire » da loro procuratori, in modo che fosse loro possibile gestire anche 'a distanza' gli affari comunali⁽⁷²⁾.

⁽⁷⁰⁾ Memoria III, « Sostituzione », p. 33.

⁽⁷¹⁾ La legislazione leopoldina, in effetti, prevedeva sanzioni pecuniarie abbastanza elevate nel caso che un sorteggiato si rifiutasse di accettare la carica, ma gli permetteva di esonerarsi con una piccola multa dall'obbligo di intervenire alle singole sedute tanto del Magistrato quanto del Consiglio. Contrariamente all'avviso della Deputazione, che si era mossa qui nel senso di una sorta di *deregulation*, Corsini propone invece di elevare di molto il valore di quest'ultima sanzione (c.d. « appuntatura »).

⁽⁷²⁾ Quella delle c.d. « sostituzioni » era stata un'altra questione lungamente dibattuta nel corso degli anni precedenti. La riforma leopoldina, infatti, ammettendo all'imborsazione anche tutti quanti i corpi morali ogni qual volta essi fossero proprietari di beni, li aveva però obbligati, nel caso che fossero stati estratti, a farsi « sostituire » da una persona fisica già abile agli uffici comunitativi — cioè, in genere, da qualche faccendiere locale che trovava in questa occasione una preziosa opportunità per consolidare i suoi profitti e le sue clientele. Ecco perché la Deputazione aveva finito per proporre di escludere dalla cittadinanza attiva tutte le persone giuridiche, cancellando, con questo, l'istituto stesso della sostituzione, divenuto fomite di cronico malcostume. Corsini, invece, non solo opta per il mantenimento del meccanismo, ma ne vuole

Corsini era d'altra parte ben consapevole che nessun restyling dei meccanismi rappresentativi sarebbe valso a rendere più efficienti le amministrazioni locali se a ciò non si fosse abbinato un profondo ripensamento circa il loro *modus agendi*. Immaginare che la comunità potesse assolvere ai suoi molti compiti di pubblico servizio operando come una semplice « azienda » condominiale era del tutto irrealistico. Di qui, per esempio, la proposta di affidare alla legge la determinazione del numero e delle tipologie di « salariati » assegnati ad ogni comunità ⁽⁷³⁾; l'esigenza di professionalizzare e di stabilizzare alcune tipologie di ufficiali (come il *camarlengo* o il *provveditore di strade*) che i regolamenti leopoldini avevano rimesso invece alla scelta totalmente libera dei rappresentanti ⁽⁷⁴⁾; la necessità di avocare sostanzialmente la gestione d'importanti settori amministrativi (come la manutenzione viaria) a corpi tecnici centrali, lasciando agli organi locali poco più che una funzione d'« ispezione e soprintendenza » ⁽⁷⁵⁾. Ma a dover essere drasticamente tarpate erano soprattutto le « illimitate facoltà » concesse alle comunità in tema di spesa, che avevano determinato una « sproporzione manifesta » tra i servizi effettivamente erogati e l'aggravio dei contribuenti. Allineandosi in questo all'avviso di Poltri, egli ritiene inderogabile sostituire allo scadentissimo controllo esercitato per l'avanti dai giurisdicenti quello dei *Provveditori provinciali* (cioè dei terminali della amministrazione esecutiva) e soprattutto, conformemente a quanto già suggerito dalla *Deputazione*, introdurre l'obbligo di un bilancio preventivo annuale, da sottoporre all'approvazione di questi *Provveditori* stessi in apertura di ogni esercizio e che, una volta divenuto esecutivo, costituisca un limite invalicabile alla capacità di spesa comunitativa ⁽⁷⁶⁾.

estendere l'utilizzo anche a chi, non risedendo nella comunità, non è in grado di partecipare alla sua amministrazione ed opta quindi volontariamente per surrogare qualcuno al proprio posto; proponendo però, appunto, che la figura del sostituto sia omologata a quella di un procuratore, che deve render conto del suo operato all'ente o al privato da cui ha tratto l'incarico e che può essere in ogni momento revocato da lui (Memoria III, « Sostituzione », pp. 62-64).

⁽⁷³⁾ Memoria VII, « Elezione e conferma degli impieghi comunitativi ».

⁽⁷⁴⁾ Memorie VII e VIII, « Camerlenghi » e « Provveditori di strade ».

⁽⁷⁵⁾ Memoria X, « Riduzione e mantenimento delle strade comunitative ».

⁽⁷⁶⁾ Memoria XII, « Spese ». Si tratta di una novità assoluta per la Toscana, che mai aveva applicato strumenti finanziari così rigidi alla gestione del proprio territorio.

A profilarsi era ormai l'incardinamento delle comunità in una struttura gerarchica di livello statale: i vertici della quale, per giunta, avrebbero dovuto avocare a sé la conoscenza di tutto quel contenzioso comunitativo che Pietro Leopoldo aveva invece lasciato alla cognizione dei giudici ordinari. Questi ultimi, a detta di Corsini, pur così distratti nel controllare preventivamente le deliberazioni comunali, si erano poi arrogati una « soverchia influenza negli affari comunitativi », accettando qualsiasi reclamo contro « l'approvazione, o disapprovazione delle spese stanziare dalle comunità » e contribuendo così in modo decisivo all'incremento del deficit comunale (77). Essendo anche giuridicamente inaccettabile « voler sottoporre a un giudizio quelli che si costituiscono in liberi amministratori delle Comunità sopra quelli oggetti dei quali è stata data loro dalla legge la facoltà di disporre » (78), non restava dunque, secondo Corsini, che vietare ai tribunali di intromettersi in queste materie, trasferendone la cognizione alle amministrazioni centrali. Comincia così a profilarsi in queste pagine anche quel discrimine ottocentesco giustizia/amministrazione che nel modello di Leopoldo aveva avuto così scarsa cittadinanza — e ciò sulla base di motivazione non poi troppo diverse da quelle che si stavano consolidando in quegli stessi anni nello scenario francese.

4. *Per una conclusione.*

Qui s'interrompe il filo della nostra storia, così come lo si ricava dalla documentazione che ci ha sostenuto finora. Ignote rimangono, al momento, le motivazioni che indussero Ferdinando a non dare ulteriore corso all'opera intrapresa. Certamente, però, il drammatico scenario della seconda metà degli anni Novanta non costituiva un ambiente propizio al rilancio di programmi riformatori di qualche spessore. Del lavoro svolto tra '92 e '95 si conservò sicuramente memoria nel periodo successivo; senza che però nessuno dei governi succedutisi in Toscana prima dell'annessione al Grande Impero si assumesse l'impegno di proseguire lungo la linea

(77) Memoria XIII, « Incompetenza dei Tribunali negli oggetti del Regolamento comunitativo ».

(78) Ivi, p. 193.

tracciata. A riprendere le fila della riflessione qui ripercorsa fu invece lo stesso establishment ferdinando tornato al potere dopo il 1814: il quale, cancellata ogni traccia dell'ordinamento napoleonico e reintrodotta il sistema di governo leopoldino nella forma anteriore al 1808, già nel settembre del 1816 varò tuttavia una legge generale sulle comunità che rimodellava tutto l'assetto previgente ⁽⁷⁹⁾. Esattamente come negli anni Novanta, l'intervento moveva da un solenne ossequio alla « mente illuminata » e allo « spirito liberale » che aveva concepito la riforma del '74; ma prendeva anche atto che « quel vizioso egoismo, che scioglie i legami sociali », aveva ormai « illanguidito » e « paralizzato » i « corpi rappresentativi » locali a un punto tale da non farli più corrispondere « all'oggetto della loro provvida istituzione » ⁽⁸⁰⁾. Ancora come vent'anni prima, era anzitutto al « capriccio della sorte » ed alla « tenuità del possesso » che s'imputavano i difetti più gravi del sistema; ed anche i rimedi correlativi rivelano una parentela abbastanza evidente con quelli discussi allora. Nonostante il fatto, però, che Neri Corsini, divenuto nel frattempo Direttore della Segreteria di Stato, facesse parte di quel Consiglio dei ministri da cui doveva passare ogni proposta legislativa, la nuova legge non presenta traccia della parte più originale del suo piano giovanile. Il testo del '16, infatti, al posto della imborsazione plurima per scaglioni di reddito introduce il semplice raddoppio del censo leopoldino per i membri del Magistrato comunitativo, privilegiando così una soluzione tecnicamente molto spiccia e al tempo stesso strettamente conforme a quella politica di arroccamento sociale già così ben delineatasi a fine Settecento. L'elemento davvero nuovo, semmai, rispetto al quadro sopra evocato sarà rappresentato dalla scelta di selezionare questa ristrettissima platea di potenziali amministratori tramite una tecnica che non aveva fatto ancora la sua comparsa nell'ideario settecentesco — cioè l'ibridazione della solita estrazione a sorte con quella nomina dall'alto di cui si era fatta larga esperienza durante gli « anni francesi ». I priori locali verranno infatti scelti dal governo su duple

⁽⁷⁹⁾ Per tutti, A. CHIAVISTELLI, *Dallo Stato alla nazione. Costituzione e sfera pubblica in Toscana dal 1814 al 1849*, Roma, Carocci, 2006, pp. 32-42.

⁽⁸⁰⁾ Così la relazione al testo del Consiglio di Stato (ora in MANNORI, *Lo Stato del granduca*, cit., p. 246).

di sorteggiati, mentre il gonfaloniere — convertitosi ora da quel semplice *primus inter pares* che era stato in età leopoldina in una specie di *maire* francese — potrà essere nominato dal principe in assoluta libertà tra tutti i sorteggiabili. Per il resto, il sistema svilupperà poco alla volta gli indirizzi che si erano annunciati a fine Settecento: aumento dei controlli, bilanci preventivi, rigida limitazione delle facoltà di spesa, sviluppo di forti apparati tecnici centrali volti a ‘efficientare’ i corpi amministrativi locali e così proseguendo ⁽⁸¹⁾. Su questa alleanza tra Stato amministrativo e grandi proprietari il sistema si reggerà fino al 1847: quando quello stesso cetto proprietario che il regime aveva così marcatamente protetto e vezzeggiato nel corso dei trent’anni precedenti comincerà a sentire il bisogno di viverci come una vera classe dirigente, scelta — e quindi legittimata — non più dalla sorte o dal sovrano, ma dal consenso dei propri concittadini.

Primeggia l’assoluta mancanza dell’intervento dei comunisti nella scelta dei loro rappresentanti, affidata al caso o alla discreta autorità del governo. Quegli uomini, che al caso debbono il loro posto, piuttosto che al libero voto dei loro concittadini, non saranno d’ordinario i più meritevoli di fiducia, e mancheranno di stimolo al ben fare; ed il popolo, che sulla loro scelta non ebbe influenza, ricuserà loro volentieri quell’appoggio d’opinione, senza di cui non v’è forza morale, né dignità di sentire, né coscienza del proprio dovere; per modo che tra rappresentanti e rappresentati non esisterà mai quel ricambio di simpatie, senza del quale resta mai fiacca sempre la vita municipale ⁽⁸²⁾.

Così scriveva, alla vigilia del ’48, uno dei tanti pubblicisti allora impegnati a scuotere in qualche modo l’immobilismo del governo granducale. Quel personaggio non lo sapeva, ma proprio da quella modesta rivendicazione di un voto amministrativo si sarebbe sviluppata, nell’arco di pochi mesi, la prima rivoluzione costituente che i toscani si sarebbero trovati a sperimentare.

⁽⁸¹⁾ Per tutti, VITALI, *Amministrazione comunitativa e controlli*, cit., *passim*; BERGONZI, *Tra Stato di municipi*, cit., *passim*; CHIAVISTELLI, *Dallo Stato*, cit., pp. 43-72; MANNORI, *Lo Stato del Granduca*, cit., pp. 232-265.

⁽⁸²⁾ G. RICCI, *Cenni sopra le basi del sistema municipale toscano*, Livorno, Meucci, 1847, p. 15.

GUSTAVO S. SIQUEIRA

BRAZILIAN CIVIL LAW ON
THE EVE OF THE 1916 CIVIL CODE:
THE ABSENCE OF THE PHILIPPINE ORDINANCES
AND EXPECTATIONS IN
THE PRESS AND NATIONAL DOCTRINE

1. A Brief View of Brazil's Numbers. — 2. The Expectation about the Civil Code Expressed in the Brazilian Press. — 2.1. The national doctrine and expectations about the Civil Code. — 3. The Civil Cases before the Civil Code: A Study of the First Civil Court of Rio de Janeiro (Federal District). — 4. Conclusions.

This paper investigates Brazil's use of the *Ordenações Filipinas* (Philippine Ordinances), an inheritance from Portugal (1603), prior to the enactment of the Brazilian Civil Code of 1916. In the first part, I try to understand, through official data published in the 1930s and '40s by the Brazilian Institute of Geography and Statistics (the census bureau), the country's situation on the eve of the Civil Code of 1916. What was the population, the literacy rate, the number of civil transactions that were affected by the Civil Code — i.e., what were the key demographic and economic statistics of the country at that time? My objective is to shed light on the size and disparities of the nation that was about to receive the Civil Code.

In the second part, based on articles in the popular press and the doctrine developed by legal scholars, I describe the discourses before enactment of the Civil Code: what was said in the press about the new code; what the expectations, doubts and hopes were. In this respect, the sources for the second part consist of stories and op-ed pieces carried in the main newspapers published in the city of Rio de Janeiro and articles appearing in legal journals about the new code. Because most of these newspapers made references to important judicial cases, in the third part I analyze the civil suits decided by the

First Civil Court of Rio de Janeiro, initiated and concluded before the Civil Code took effect.

1. *A Brief View of Brazil's Numbers.*

As can be noted in the compendium *Repertório Estatístico do Brasil*, published in 1940, the collection of official data had been highly irregular in the preceding years. For this reason, I always used the data for dates nearest the promulgation of the Civil Code. Since the aim here is not precision, but rather to provide an overview of Brazil, I believe these peculiarities will not detract from the study.

According to the general census for 1920, Brazil had 30,635,605 people, 15,443,818 male and 15,191,787 female. The number of foreigners living in the country that year was 1,590,378. Of the more than 30 million Brazilians, 7,493,357 were considered literate and 23,142,248 were illiterate. Unfortunately, no statistics were published on the breakdown of literacy by gender ⁽¹⁾.

The population of the Federal District (city of Rio de Janeiro) at the time was 1,167,560, of them 598,307 male and 599,566 female. There were 240,392 foreigners living in the city. The Federal District had the best average literacy rate in the country, with 710,252 literate people and 447,621 illiterate, making it the only state in which illiterates were the minority. This and other aspects made the Federal District stand out from the rest of the country. These numbers will need to be considered in the second part of the article, in the cases ruled by the First Civil Court of Rio de Janeiro ⁽²⁾.

In 1912, the country had 455 libraries open to the public, of which 122 were in the state of São Paulo, 61 in the Federal District, 45 in the state of Rio Grande do Sul, 32 in Pernambuco and 2 in Mato Grosso. In number of book volumes, the Federal District led the way with 776,237, followed by São Paulo with 303,140 and Pernambuco with 120,736 ⁽³⁾.

In 1916, 470,582 babies were born in Brazil, 111,114 marriages

⁽¹⁾ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRÁFICA E ESTATÍSTICA. *Repertório Estatístico do Brasil: quadros retrospectivos nº 1*, Rio de Janeiro, IBGE, 1941, pp. 3-12.

⁽²⁾ *Ibid.*, pp. 5-8.

⁽³⁾ *Ibid.*, p. 114.

were recorded and 250,223 people died. The average monthly budget of a middle-class household in the Federal District, composed of seven people, was 823\$100 mil-réis, divided into 210\$000 mil-réis for rent, 374\$500 mil-réis for food, 60\$900 mil-réis for clothing, 99\$600 mil-réis for gas and electricity, 45\$000 mil-réis for servants and 34\$000 mil-réis for furniture, utensils, bedding, bath and table linen, etc. Thus, the two largest budget items were food and rent ⁽⁴⁾.

In 1920, the number of real estate transfers in Brazil was 144,684, of which 5,384 were in the Federal District, 43,320 in São Paulo and 36,454 in Minas Gerais. The average value of properties, in *contos de réis*, corresponded to 6,366 in Brazil, 21,840 in the Federal District, 9,642 in São Paulo and 3,303 in Minas Gerais. The total number of contractual mortgages registered in 1916 was 14,037, of them 5,755 in São Paulo, 1,494 in the Federal District and 361 in Pernambuco. In the same year, the records show the existence of 26,493 factories in Brazil, producing: beverages (13,577); footwear (5,993); tobacco products (2,036); salt (1,005 saltworks, mainly brine evaporation); pharmaceuticals (945); hats and canes (723); conserves (657); perfume and grooming products (475); vinegar, olive oil and other comestible oils (419); textiles (338); candles (152); cloth and leather articles (80); matches (29); hardware (29); ceramics and glass (18); paper and paper articles (7); playing cards (7) and musical instruments (3) ⁽⁵⁾.

The nation's railroad system in 1916 covered 20,764.3 km, and the rolling stock consisted of 1,968 locomotives, 2,673 passenger cars and 26,336 freight cars. The carrying capacity was 52,553,009 passengers, 313,280 metric tons of baggage and mail order deliveries, 2,127,011 animals and 10,108,090 tons of general goods. This generated revenues of 201\$442 *contos de réis* and expenses of 169\$043 *contos de réis*. Regarding seagoing transport, there were 213 national shipping companies, which carried 206,000 passengers, 1,567 tons of cargo and 7,840 animals, generating revenues of

(4) *Ibid.*, p. 94.

(5) *Ibid.*, pp. 29-59.

83\$795 *contos de réis*, with no mention of expenses. The railroads also received 2\$675 *contos de réis* in subsidies ⁽⁶⁾.

The data given above, touching on demographics, property ownership, economic activity, and transportation, serve to illustrate the world that would be affected by the new code. Various civil relations, such as contracts, business transactions and reaction to natural events, would be strongly affected by the Code.

Perhaps this universe that would be altered by the Code can help explain the expectations that accumulated about it. In the next section I cite the discourses published in the press about the Civil Code of 1916.

2. *The Expectation about the Civil Code Expressed in the Brazilian Press.*

I perused news stories associated with the new Civil Code to gain a general idea about what was expected by the literate public from the new legal framework ⁽⁷⁾. The newspaper *Correio da Manhã* of April 5, 1913, reproduced a message from President Hermes da Fonseca on the opening of that year's session of the National Congress. One of his concerns was the passage of the bill for the new civil code, which had been under debate in Congress since 1900. The president mentioned the Law of October 20, 1823 (shortly after declaration of Brazilian independence from Portugal, beginning Brazil's imperial period), which declared the full force and effect of the ordinances, laws and regulations promulgated by the kings of Portugal « until organization of a new code », and he stated that the « administration of justice » was linked to the existence of a civil code, since it was not possible « in matters of private law » to remain much longer in this « uncertainty and obscurity », the result of « sparse and varied legislation and ordinances that no longer support, and even are opposed to, the ideas and sentiments of today ».

In other words, Brazil's president at the time believed that

⁽⁶⁾ *Ibid.*, p. 48.

⁽⁷⁾ I looked for stories published in newspapers in the Federal District about the enactment of the new Civil Code, among them *Correio da Manhã* and *Jornal do Commercio*.

private law in Brazil was filled with legal uncertainties, with scattered and sparse legislation — various isolated laws — and the old Philippine Ordinances (8). So, Brazilian civil law needed to be organized.

It would not be possible to discuss the evolution of a new code without considering the allegations of various commentators and evaluating how forensic life would be affected by that code. Therefore, I researched, as reported in the next item, if the allegations of reliance on sparse legislation and the Philippine Ordinances were common among the Brazilian judiciary.

Hermes da Fonseca also warned: « Whatever may be the imperfections of the bill under discussion, these drawbacks will be infinitely lower than continuing with civil law relations being subject to chaotic legislation, in which even legal professionals sometimes feel lost or have serious difficulties in finding the rules on contractual relationships » (9).

In this respect, it is interesting to perceive the president's conception of the civil code bill: he did not expect it to become a complete, definitive or perfect code. His objective was, above all, to end the reigning legal uncertainty, which in his opinion even afflicted legal practitioners. The bill was therefore not expected to become an immutable legal document.

In other passages taken from the press, I found various pejorative references to the Philippine Ordinances. They were called « stale » (10), or « antiquated Royal Ordinances » (11). Claims were also made that Brazil had been waiting for a civil code « promised since the Imperial Constitution [of 1824] » (12).

On December 25, 1915, Paulo de Lacerda published an interesting article in *Jornal do Commercio*, later reproduced by Jacintho Ribeiro dos Santos in the 1916 commercial edition of the

(8) For a detailed discussion of the difficulties of the new Civil Code, see Ricardo Marcelo FONSECA, *A Cultura Jurídica brasileira e a questão da codificação civil no século XIX*, en « Revista da Faculdade de Direito UFPR », June 2006.

(9) « Correio da Manhã », April 5, 1913.

(10) Goulart D'OLIVEIRA, *Cronica Judiciária*, in « Correio da Manhã », November 2, 1914.

(11) « Correio da Manhã », April 11, 1913.

(12) *Idem*.

Civil Code. Lacerda wrote: « Brazilian civil law is nothing more than a hodgepodge of laws, tenets, orders, resolutions and regulations, supplying, repairing and sustaining the Royal Ordinances, that venerable and antiquated monument, frayed by the action of a long unenlightened and uncertain jurisprudence ». Despite the predominance of such criticism, other observers « alleged that the civil law is a work of evolution of customs, and for this it is better to allow the precepts into which it translates continue to gradually precipitate and condense into adjusted laws, whose intimate ties are in the legal conscience of the nation, never in a sequence of articles of a code ». Between these two positions — one defending the need for a civil code and the other defending the maintenance of civil articles undergoing constant refinement — Lacerda advocated codification, which was not necessarily an arbitrary or immutable construct, but instead a « repository of a certain class of rules », traced over the inflow of customs, which have « as a principal advantage the simplification and methodization of these rules ».

Believing that Brazilian legislation was confusing and contradictory, that author argued that the purpose of the civil code was to enable Brazil to escape from a « mortifying tumult ». Lacerda, besides recounting the history of the process of drafting the Civil Code of 1916 — including the debates in the Chamber of Deputies and Senate — concluded that the « Brazilian Civil Code is the greatest monument of legal codification in the Americas ».

Perhaps the enthusiasm of Paulo de Lacerda is an indicator of the public expectation for a new code. The arguments also raised by President Hermes da Fonseca were not uncommon at that time: the diversity of sources of civil law was deemed undesirable, the cause of great legal uncertainty. Indeed, this may have been the greatest critique of the absence of a code at that moment.

The Portuguese scholar Manuel Paulo Merêa, professor of comparative civil legislation at the University of Coimbra, also claimed: « the Civil Code [...] was a work that had been long demanded in the United States of Brazil, whose need had been growing more urgent by the day ». Merêa also placed Brazil in the international context: « Of all the Latin American republics, Brazil

was the only one that still had not undertaken the task of civil codification » (13).

In contrast to many practitioners and commentators in Brazil, for the Portuguese scholar, « the most important source of Brazilian civil law was still the Philippine Ordinances, whose Book IV was the main foundation of civil legislation » (14).

It was very common at that time for the newspapers to publish decisions by the Federal Supreme Court. Therefore, it was possible to find cases in which the justices relied on the Philippine Ordinances (15) and other cases where they deemed the Ordinances no longer valid (16). It is interesting to note, however, that the vast majority of the times the Ordinances were cited they were invoked as a source of procedural rules.

Also noteworthy is the opinion rendered by Supreme Court Justice Pedro Lessa in 1913, holding that part of the Ordinances had been « repelled by legal conscience, and for this reason have been derogated by custom, as argued by Teixeira de Freitas » (17). Lessa made reference to Articles 815 and 819 of the Consolidation of the Civil Laws, which Freitas said « are no longer in use » (18).

As can be seen, the Ordinances were still used, but not alone, and many articles had been revoked by laws, by « legal conscience », or by disuse. Saying that the Ordinances regulated all civil life before the Code of 1916 would be reckless. They coexisted with other statutes (19).

Having said this, my research was centered on lower court

(13) Manuel Paulo MERÊA, *Código Civil brasileiro anotado*, Lisbon, Livraria Classica editora, 1917, p. III.

(14) *Ibid*, p. IV.

(15) « Correio da Manhã », January 28, 1916.

(16) « Correio da Manhã », July 10, 1913.

(17) Judicial opinion published in « Correio da Manhã », July 10, 1913.

(18) TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação das Leis Cíveis*, Rio de Janeiro, Garnier, 1876³, pp. 491-492.

(19) The study written by Sérgio Staut Júnior, specifically about possession, shows different data about the use of the Ordinances. Those interested in the subject should consult: Sérgio Said STAUT JÚNIOR, *Posse e dimensão jurídica no Brasil: recepção e reelaboração de um conceito a partir da segunda metade do século XIX ao Código de 1916*, Curitiba, Juruá Editora, 2015. Hespanha wrote an important work about Portuguese doctrine and its references: António Manuel HESPANHA, *Razões de decidir na doutrina*

verdicts. My objective was to identify whether the allegations in the press had connections with judicial practices.

2.1. *The national doctrine and expectations about the Civil Code.*

With the promulgation of the Code, more authors began to write about the matter. I examined books published after 1916 to find descriptions by Brazilian civil law specialists about the new legal framework. Here I discuss the observations of Almaquio Diniz, João Luiz Alves, Paulo de Lacerda and Spencer Vampré. In magazines, I found relevant articles by Octaviano Vieira, Sebastião Nogueira de Lima, Julio César de Faria and Reynaldo Porchat.

I believe that analysis of these authors' works provides a good picture of the prevailing doctrine regarding the Code. I stress that my concern here is to understand what these authors expected from the new Code and their opinions about the use of the Philippine Ordinances, not to describe specific alterations brought by the Code of 1916.

Almaquio Diniz described the body of law before the Code as « a veritable chaos », « a monster from the past, supported by an undefined cohort of laws, orders, resolutions, rulings, decrees, tenets and regulations: the Royal Ordinances. While for some they may have been jewels from a historic moment, for us they were simply the ruins of our law »⁽²⁰⁾. The professor at the Law School of Bahia and Law School of Rio de Janeiro criticized the plurality of sources and « confusion » that marked the civil law before the Code.

João Luiz Alves, a professor at the Law School of Minas Gerais (and later a Supreme Court justice, as of 1925), was more incisive: « In no other country similar to Brazil was this need so imperious, because the main source of our civil law was a defective body of laws of spurious origin, now in tatters, eroded for nearly three centuries

portuguesa e brasileira do século XIX. Um ensaio de análise de conteúdo, in « Quaderni fiorentini », 39 (2010), pp. 109-151.

⁽²⁰⁾ Almaquio DINIZ, *Introdução e parte geral segundo o código civil de 1916*, Rio de Janeiro, Livraria Francisco Alves, 1916, p. 84.

by voracious traces of decadence » (21). And he continued: « The chaotic state of our civil law, subordinated to obsolete precepts, in conflict with the principles of modern Codes [...], with the taste of varied and variable interpretations by scholars and the courts, was simply no longer tolerable. [...] In reality, no matter how defective one might claim the codification was (and it was not), it is preferable to that archaic legislation that still in the twentieth century governed our civil relations » (22).

Alves also criticized the confusion that existed in Brazilian civil law and stated that the Civil Code of 1916 had a « dual scope: not to break with the past, not to revolutionize the nation's law, but far from being stationary and crystallized in archaic and obsolete principles, it sought to meet the social and economic needs that the civil law is called to do in our era ».

It appears the author believed that the Civil Code of 1916 was not an abrupt shift, a revolution in the content of the previous civil law, but as stated above, an organization and systematization of a vast and complex context of legal rules: « The revocation of all the laws that formed the body of our civil law was a necessary consequence of the new Code, called to impose order on the chaos of the legislation, which might have been the delight of defense lawyers, but was a veritable torment of jurists and judges worthy of their high mission » (23).

As we saw above, Paulo de Lacerda had the same opinion:

[...]Brazilian civil law is nothing more than a hodgepodge of laws, tenets, orders, resolutions and regulations, supplying, repairing and sustaining the Royal Ordinances, that venerable and antiquated monument, frayed by the action of a long unenlightened and uncertain jurisprudence, which the priests recite around the cold texts of the Digest, read in the looming twilight of the Law of Reason. The debris of books, titles, chapters and paragraphs, scattered by disuse, littered the ground, while other alluded fragments piled up, and the impoverished vegetation of the realm, rooted in the usual cracks and fissures, yielded to the mercy of the wanton zephyrs of chicanery, the sad casuistic commentaries, like a blustering frame of the old Manueline shield,

(21) João Luiz ALVES, *Código civil da republica dos Estados Unidos do Brasil, promulgado pela lei nº 3071, de 1 de janeiro de 1916, anotado pelo doutor João Luiz Alves*, Rio de Janeiro, F. Briguet e Cia. Editores-Livreiros, 1917, p. 24.

(22) *Ibid.*, p. 24.

(23) *Ibid.*, pp. 1284-1285.

embedded over the Affonsian, proud of itself in bringing the legendary Lusitanian scruples ⁽²⁴⁾.

It was necessary, then, to prepare a civil code for Brazil, which was « drowned in the ever-greater accretion of a confusing and contradictory multi-hued legislation, dating back centuries, needing to escape from that mortifying tumult to attain its ardent aspirations » ⁽²⁵⁾.

As we can see, the major criticism of the legislation was that it was confusing and disorganized, not the need to modernize the laws or make profound changes in content.

Spencer Vampré, a professor at the School of Law of São Paulo, diverged a bit from the previous authors in saying that the Consolidation of the Civil Laws of Teixeira de Freitas had reduced « the Philippine Ordinances, and all subsequent laws, to clear and simple articles, arranged according to more modern scientific principles » ⁽²⁶⁾. Vampré praised the new civil code: « Brazil now has its Code, a monumental construction, in which is reflected the best that has been produced in our legal history. It honors Latin America, honors civilization, and shows we are able to produce fecund and noble laws, which correspond to the ideas of the speculative spirit and the needs of the practical spirit » ⁽²⁷⁾.

All the authors analyzed agreed on the need for a new code. Most of the authors referred to the confusing nature of the civil law before the codification. On the other hand, little was said about changes to the content. Instead, the target of questioning was always the form and organization of the civil law.

I also examined issues of the journal *O Direito* (The Law) published between 1900 and 1913, seeking references to a new code and to the Philippine Ordinances. There were references each year

⁽²⁴⁾ Paulo de LACERDA, *Código civil brasileiro, lei n. 3071, de 1 de janeiro de 1916, precedida de uma synthese historica e critica pelo dr. Paulo de Lacerda e seguida de um minucioso indice alphabetico e remissivo*, Rio de Janeiro, J. R. dos Santos, 1916, pp. 3-4.

⁽²⁵⁾ *Ibid.*, p. 4.

⁽²⁶⁾ Spencer VAMPRÉ, *Código civil brasileiro (Annotado á luz dos documentos parlamentares e da doutrina)*, São Paulo, Livraria e Officina Magalhães, 1917, p. 9.

⁽²⁷⁾ *Ibid.*, p. 9.

to the Ordinances and references to court cases, but few authors focused on the possible enactment of a new code. Still, it was also possible to find critiques of the claims of the Ordinances' shortcomings⁽²⁸⁾. Perhaps, then, the Ordinances were held in higher esteem in some quarters than in others.

Thus, it is important also to look at court cases, as I do in the next section, to understand the daily use of the civil law and compare the descriptions cited above with the judicial practice of the era.

3. *The Civil Cases before the Civil Code: A Study of the First Civil Court of Rio de Janeiro (Federal District).*

It is not possible to discuss the enactment of the new code without testing the allegations appearing in the newspapers and evaluating the effect of the Code on litigation activity. For this reason, with the help of a group of researchers⁽²⁹⁾, I checked whether the allegations of the use of sparse legislation from the Philippine Ordinances were a common factor among the Brazilian judiciary.

Due to research limitations, I only researched cases judged by the First Civil Court of Rio de Janeiro. Investigation of other court districts might have yielded different results, but I wanted to have an idea of the pattern at least in the federal capital with respect to these discussions.

The initial idea was to find and examine all the cases decided by the First Civil Court of Rio de Janeiro. However, as mentioned, the National Archive was closed to researchers from May to September 2016, preventing consultation of all the case files.

I did have access to the record files of 90 civil suits started and concluded between 1840 and 1915. The themes were varied, which

(28) *Doutrina. O problema da administração da justiça no Distrito Federal*, in « O Direito », XXXIX (September-December 1911), 116, p. 6; Esmeraldino BANDEIRA, *Introdução do relatório apresentado ao Exmo. Sr. presidente da Republica pelo ministro da justiça Dr. Esmeraldino Bandeira, e publicado no 'Diario Official' de 07 de junho de 1910*, in « O Direito », XXXIX (January-April 1911), 114, p. 24.

(29) Researchers who took part in the project: Júlia Rodrigues, Mayara Silveira, Marina Ferreira, Maurício Dutra de Oliveira, Cesário Henrique Lima, Maria Clara Alves and Francisca Maria.

was a positive aspect, considering the objective of providing a representative picture of judicial experience during the decades before the enactment of the new civil code. I examined the submissions of the lawyers and the judges' verdicts to ascertain any mention of doctrine, other judicial decisions, laws and the Philippine Ordinances, i.e., all the grounds for the parties' pleadings and the judges' decisions.

The first surprise was that in 70 percent of the cases, judges and lawyers made no reference to any laws, doctrine or other court precedents. In the great majority, the arguments basically consisted of the lawyers' conflicting descriptions of the facts, upon which the judge decided in favor of one party without mentioning any law or other ground.

The references to the Ordinances, when they appeared, were only in cases up to 1885 (mostly between 1840 and 1856). After 1885, no references were made to the Ordinances. Also of note was that 80 percent of the times that the Ordinances were mentioned, this involved « procedural » questions — validity of service of process, calling of witnesses, how to deal with demands to see documents in the public record, etc. Usually the references were to the third book of the Ordinances, in sharp contrast to what Merêa said about the sources of Brazilian law in 1917. The fourth book of the Ordinances was also cited, but much less than the third.

References to doctrine were made in just 10 percent of the cases analyzed, and Teixeira de Freitas was the most-cited author. On the other hand, from 1885 to 1915, I did not find any case where mention was made of the Philippine Ordinances.

I am aware of the clear limitations of the study: I only analyzed cases heard in one judicial district, by a first-instance court, in the federal capital, and unfortunately I did not have access to all the cases. The important study of Sérgio Staut Júnior, in only analyzing decisions reported in the legal journal *O Direito* on the theme of possession, for example, obtained different results: the Ordinances were mentioned in over half of the decisions ⁽³⁰⁾.

⁽³⁰⁾ Sérgio Said STAUT JÚNIOR, *Posse e dimensão jurídica no Brasil: recepção e reelaboração de um conceito a partir da segunda metade do século XIX ao Código de 1916*, Curitiba, Juruá Editora, 2015.

So, the conclusions presented here might need to be revised subsequently: the Ordinances ceased being mentioned in the judicial routine in cases at the first instance at the end of the nineteenth century. Perhaps the Proclamation of the Republic (1889) brought a « fresh breeze » to the nation's justice system, or perhaps they had taken root in the « juridical conscience », or they simply were no longer seen as necessary, although still valid. It also might be that the use of the Ordinances was more common in the higher courts, as indicated by the study of Staut Júnior in relation to cases involving possession.

References were also made to the Commercial Code and more specific laws. On this point, perhaps the criticisms of the absence of a code had greater validity: no single legal instrument existed containing all the basic rules covering the broad scope of civil relations. Instead, it was necessary to search for specificities.

As mentioned above, the majority of the citations of the Ordinances involved procedural questions. This suggests, at least in this microcosm of cases, that the Ordinances did not have so much force on the substantive aspects of court decisions, even before 1885.

One hypothesis that can be raised in light of this scenario is that the legal practice did not require so many references to laws, maybe because the law as practice — even the with judicialization that existed in nineteenth-century Brazil — was filled with multiple norms that were not expressed in the records of lawsuits.

What is certain is that the judicial practice of this microcosm was not a practice of constant, faithful and automatic use of the Philippine Ordinances. As mentioned by all the jurists cited above, they lived with various other rules — and perhaps various rules not established in positive law.

Therefore, the reliance on the Ordinances as one of the grounds for judicial decisions was not an automatic and constant mechanism in Brazil in the nineteenth century and start of the twentieth century. In other words, while they were legally valid, this does not mean they were generally used or mentioned.

One hypothesis can be confirmed: the demand for a new civil code came much more from a perceived need to organize internal law than from any push for modernization of the law.

4. *Conclusions.*

The new Code initiated a regulation of a universe of relations, as I briefly described at the start. It is clear that to the extent a new civil code was desired in Brazil, this desire was much more associated with a drive for legislative organization than a perceived need to alter the substantive content of the law, and in some themes, such as possession, it indeed did not innovate, paying greater heed to tradition ⁽³¹⁾.

The Philippine Ordinances were cited in verdicts during part of the nineteenth century, but at least with regard to the First Civil Court of Rio de Janeiro, these references disappeared at the end of the nineteenth and start of the twentieth century. And when they were cited, the content was more of a procedural than substantive nature, and their application was not simple, automatic and frequent. They were used, but were not part of the daily judicial routine.

Certainly a study of other court districts, other courts, even the Supreme Court, might bring other conclusions. However, what I want to call attention to is the dissonance among the writings about the expectations for the Civil Code in the press, the doctrine and court decisions, and the daily affairs of a civil court that used the « law » to resolve the questions brought before it. My central idea was to demonstrate the importance of the court cases as a source that must engage in dialogue with other sources when discussing the validity and use of the Philippine Ordinances.

⁽³¹⁾ *Idem.*

CRISTIANO LA LUMIA

GIURISTI ALL'ATTACCO
LA QUESTIONE DEI CITTADINI
DI NAZIONALITÀ NEMICA
NEL DIBATTITO GIURIDICO ITALIANO (1915-1918)

1. Premessa. — 2. « Guerra di popoli ». Il mondo giuridico italiano e i « sudditi nemici ». — 2.1. Ridefinire la cittadinanza. — 2.2. La capacità giuridica del nemico e il ruolo della magistratura. — 2.3. I diritti patrimoniali del nemico. — 3. Conclusione.

1. *Premessa.*

La recente attenzione da parte della storiografia al tema dei cittadini di nazionalità nemica (*enemy aliens*) nel corso del primo conflitto mondiale ha intrecciato temi di rilevanza propriamente giuridica come la definizione delle leggi di cittadinanza o il trattamento delle proprietà nemiche ⁽¹⁾. La Grande Guerra costituì

⁽¹⁾ M. STIBBE, *Civilian Internment and Civilian Internees in Europe, 1914-20*, in « Immigrants & Minorities », 2008, pp. 49-81; D.L. CAGLIOTI, *Dealing with enemy aliens in WWI: security versus civil liberties and property rights*, in « Italian Journal of Public Law », 2011, pp. 180-194; EAD., *Why and How Italy Invented an Enemy Aliens Problem in the First World War*, in « War in History », 2014, pp. 142-169; EAD., *Property Rights in Time of War: Sequestration and Liquidation of Enemy Aliens' Patrimonies in Britain, Germany and France in the First World War*, in « Journal of Modern European History », 2014, pp. 523-545; EAD., *La cittadinanza alla prova della Grande Guerra: denaturalizzare i cittadini di nazionalità nemica in Francia*, in « Contemporanea. Rivista di Storia dell'800 e del '900 », 2016, pp. 303-32; EAD., *Subjects, Citizens, and Aliens in a Time of Upheaval. Naturalizing and Denaturalizing in Europe during the First World War*, in « The Journal of Modern History », 2017, pp. 495-530; *Germans as Minorities during the First World War — A Global Comparative Perspective*, edited by P. Panayi, Farnham, Ashgate, 2014; B. BIANCHI, *Nella terra di nessuno. Uomini e donne di nazionalità nemica nella Grande Guerra*, Roma, Salerno editore, 2017. Si vedano anche C. JAHR, *Zivilisten als Kriegsgefangene. Die Internierung von "Feindstaaten-Ausländern" in Deutschland während des Ersten Weltkrieges am Beispiel des "Engländerlagers"*

un'occasione per ridefinire radicalmente alcuni dei pilastri istituzionali, sociali e politici intorno ai quali si era costruito l'ordine liberale ottocentesco. E proprio a partire dal trattamento riservato ai « nemici » durante la Grande Guerra fu possibile ripensare la posizione degli « amici » all'interno dell'ordinamento giuridico nazionale e internazionale. Sono tuttavia pochi i lavori storiografici che hanno concentrato l'attenzione sull'apporto attivo che i giuristi diedero alla persecuzione nei confronti dei cittadini nemici e dei loro beni, così come alle innumerevoli conseguenze che ciò comportava ⁽²⁾. Partendo dalla considerazione che il diritto intervenga sempre « a cose fatte », la storiografia ha spesso ignorato il ruolo tutt'altro che secondario che il mondo giuridico nelle sue varie articolazioni (accademico, giudiziario e burocratico) ha avuto in ambiti come la definizione delle politiche contro gli *enemy aliens*. Al contrario, come ha scritto Aldo Mazzacane, il diritto esercita « la funzione di nominare cose e rapporti, [...] e di creare così condizioni di pensabilità e di predicabilità dei fenomeni sociali » fino a trasferire « principi e concetti elaborati originariamente in ambito specialistico » nel « senso comune della popolazione » e nel « sistema comunicativo » ⁽³⁾. L'importanza dei giuristi, intesi come intellet-

Rubleben, in *In der Hand des Feindes. Kriegsgefangenschaft von der Antike bis zum Zweiten Weltkrieg*, hrsg. R. Overmans, Köln, Böhlau Verlag, 1999, pp. 297-321; Id., *Keine Feriengäste. "Feindstaatenausländer" im südlichen Bayern während des Ersten Weltkrieges*, in *Der Erste Weltkrieg im Alpenraum. Erfahrung, Deutung, Erinnerung / La Grande Guerra nell'arco alpino. Esperienza e memoria*, a cura di H. Kuprian, O. Überegger, Innsbruck, Wagner, 2006, pp. 231-246; E. LOHR, *Nationalizing the Russian Empire. The Campaign against Enemy Aliens during World War I*, Harvard, Harvard University Press, 2003; Id., U.Ü. ÜNGÖR, *Economic Nationalism, Confiscation, and Genocide. A Comparison of the Ottoman and Russian Empires during World War I*, in « *Journal of Modern European History* », 2014, pp. 500-522.

⁽²⁾ Soltanto il caso francese è stato maggiormente indagato: A. DEPERCHIN, *Le juge et les biens allemands en France pendant la Première Guerre Mondiale*, in *La politique et la guerre. Pour comprendre le XXe siècle européen. Hommage à Jean-Jacques Becker*, édité par S. Audoin-Rouzeau, Paris, Viénot, 2002, pp. 82-93; EAD., *Grande Guerre, mondanités et magistrature. Le destin de Ferdinand Monier, Premier Président de la Cour d'Appel de Paris*, in *Figures de Justice. Études en l'honneur de Jean-Pierre Royer*, édité par Ead., N. Derasse, B. Dubois, Lille, Centre d'histoire judiciaire, 2004, pp. 411-419.

⁽³⁾ A. MAZZACANE, *Il diritto fascista e la persecuzione degli ebrei*, in « *Studi storici* », 2011, p. 94.

tuali attivi nel dibattito del loro tempo e permeabili alle influenze estranee alla loro disciplina (4), deve perciò spingere gli studi storici a guardare ad essi per seguire le trasformazioni sociali, economiche, politiche e istituzionali, come già suggeriva Luisa Mangoni nei suoi studi (5). Proprio la definizione del « nemico » all'interno dell'ordinamento costituisce uno degli ambiti privilegiati in cui il giurista opera con gli strumenti propri della sua scienza. Il diritto non descrive mai un nemico esterno e oggettivo ma « lo costruisce: più esattamente — come ha chiarito Pietro Costa — collabora, in stretta sinergia con le più diverse componenti di una determinata cultura, alla costruzione del nemico » (6). Il diritto fornisce quindi gli strumenti essenziali per delineare il profilo del nemico che il potere politico e il discorso pubblico hanno individuato, assegna ad esso un'identità giuridica e predispone gli strumenti più idonei alla sua persecuzione (7).

Il caso delle politiche contro gli *enemy aliens* nel primo conflitto mondiale è senz'altro paradigmatico in tal senso. La Grande Guerra non rappresentò per la scienza giuridica una fase di « ubriacatura » ma l'occasione di un ripensamento profondo e radicale della propria disciplina, dei fondamenti dottrinali liberali nonché del concreto funzionamento della legge (8). In questo senso la persecuzione dei cittadini di nazionalità nemica e dei loro patri-

(4) I. BIROCCI, *Il giurista intellettuale e il regime*, in *I giuristi e il fascino del regime (1918-1925)*, a cura di Id., L. Loschiavo, Roma, RomaTre-Press, 2015, pp. 16-20. Per gli internazionalisti si veda S.C. NEFF, *Justice among Nations. A History of International Law*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 2014, pp. 300-308.

(5) L. MANGONI, *Cultura giuridica e fascismo. Il diritto pubblico italiano*, in *Cultura e società negli anni del fascismo*, a cura di G. Turi, Milano, Cordini Editore, 1987, p. 439; EAD., *Giuristi e politica. Il diritto come supplezza*, in *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, a cura di A. Schiavone, Roma-Bari, Laterza, 1990, pp. 303-340.

(6) P. COSTA, *Pagina introduttiva. I diritti dei nemici: un ossimoro?*, in « Quaderni fiorentini », 38 (2009), p. 4.

(7) Ivi, pp. 1-40. Per una riflessione di lungo periodo si veda P. COSTA, *La costruzione del nemico interno: una "costante" storica?*, in *Ai margini della civitas. Figure giuridiche dell'altro tra medioevo e futuro*, a cura di A.A. Cassi, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2013, pp. 269-287.

(8) Si veda « Comparative Legal History », 2014, 2, numero monografico *The Great War and Private Law*.

moni fu motivo di profonde trasformazioni non soltanto per il diritto internazionale privato, ma anche per altri campi del diritto. Di fronte a questo mutamento i giuristi non si limitarono soltanto a prendere atto delle novità, ma furono dei protagonisti. In assenza di un quadro giuridico definito su scala internazionale in merito al trattamento dei cittadini di nazionalità nemica ⁽⁹⁾, questi divennero gli interlocutori principali del potere politico per l'elaborazione teorica e pratica degli orientamenti, delle norme e degli obiettivi da perseguire. La scienza giuridica era la sfera dentro cui il dibattito tra le varie posizioni, comprese quelle delle diverse scuole giuridiche ⁽¹⁰⁾, e l'elaborazione di concrete modalità di intervento potevano meglio svilupparsi. Ciò avvenne in buona parte dei paesi europei e americani, ma fu particolarmente evidente per il caso italiano. In Italia, infatti, molti giuristi si mostrarono attivi nel dibattito specialistico e nell'opinione pubblica nel tentativo di forzare la mano del governo, ritenuto eccessivamente timido nelle sue scelte almeno fino ai mesi che seguirono Caporetto quando l'esecutivo presieduto da Vittorio Emanuele Orlando dovette cedere alle pressioni per rafforzare le misure ai danni dei cittadini nemici. Furono questi ad anticipare soluzioni innovative in ambiti come la cittadinanza o il trattamento della proprietà privata, che le istituzioni avrebbero recepito soltanto in seguito. Convinti di rappresentare un gruppo privilegiato all'interno dell'opinione pubblica in virtù delle loro competenze, adottarono nella loro pratica legale uno spirito patriottico « militante » secondo il motto per cui « la toga [doveva] cedere alle armi » ⁽¹¹⁾. Diversamente dai molti pubblicisti o giornalisti, che

⁽⁹⁾ Alla vigilia della guerra non esisteva un *corpus* definito di norme e consuetudini, ma soltanto una serie di raccomandazioni da parte soprattutto della dottrina continentale sulla tutela dello straniero nemico e dei suoi beni nella guerra terrestre; al contrario, quella anglosassone era molto meno garantista: S. MANNONI, *Potenza e ragione: la scienza del diritto internazionale nella crisi dell'equilibrio europeo (1870-1914)*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 167 e ss.

⁽¹⁰⁾ Per un inquadramento generale P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico (1860-1950)*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 71 e ss.

⁽¹¹⁾ A. MANASSERO, *Appunti sulla Giustizia militare in tempo di guerra*, in « Rivista di diritto e procedura penale », 1915, p. 454. Cfr. C. LATINI, *Una giustizia "d'eccezione". Specialità della giurisdizione militare e sua estensione durante la Prima guerra mondiale*, in « DEP. Deportate, esuli e profughe », 2006, pp. 67-85.

adoperavano toni esasperati senza effetti pratici o con propositi del tutto irrealizzabili, i tecnici del diritto ritenevano di poter essere più efficaci e incisivi in virtù della loro *expertise* nonché di rappresentare al meglio le aspirazioni della società. D'altra parte, all'interno dell'amministrazione statale, negli uffici legislativi dei ministeri e ai vertici politici, erano spesso dei giuristi di alto profilo come Mariano D'Amelio, Arturo Ricci-Busatti o Vittorio Emanuele Orlando ad avere un ruolo decisivo nella scelta delle soluzioni legislative da adottare per limitare i diritti dei cittadini nemici. Anche se i decreti emanati nel 1915-18 dimostrarono la prudenza costante del governo nei confronti degli *enemy aliens* e dei loro beni, la dialettica tra le istituzioni e la scienza giuridica finì per delineare alcune innovazioni profonde del campo del diritto in merito al trattamento dei cittadini nemici, e anche degli stranieri *tout court*, che non sarebbero rimaste confinate al solo periodo bellico.

2. « *Guerra di popoli* ». *Il mondo giuridico italiano e i « sudditi nemici »*.

All'epoca dei piccoli eserciti, distrutto l'esercito nemico, l'avversario era costretto alla pace. Non era possibile improvvisare nuovi eserciti. Vi era, in sostanza, separazione quasi completa tra la Nazione e il suo esercito. Ecco perché condurre la guerra contro i cittadini nemici era inutile crudeltà [...]. Oggi l'esercito è la stessa Nazione in armi; tutta la Nazione maschile valida si batte; l'esercito resiste, finché resiste la Nazione; tutte le risorse nazionali sono utilizzate per la guerra. In questa condizione, si capisce che il principio si fa la guerra all'esercito, non ai cittadini nemici, diviene un assurdo. Far guerra oggi [...] significa far guerra a tutto un popolo e diviene, oramai, necessità crudele, ma inesorabile, indebolire il nemico in tutte le sue risorse, materiali e morali ⁽¹²⁾.

Con queste parole nell'autunno del 1915 il docente di Diritto commerciale dell'università di Padova Alfredo Rocco dimostrava non soltanto di avere colto appieno il carattere *totale* del conflitto scoppiato l'anno precedente, ma soprattutto di non avere remore ad

(12) A. ROCCO, *Non diamo armi ai nemici*, in « L'Idea Nazionale », 9 novembre 1915, e in ID., *Scritti e discorsi politici di Alfredo Rocco*, Milano, Giuffrè, 1938, vol. I, p. 286.

adeguare il diritto a questa novità ⁽¹³⁾. Come per Rocco, tra i giuristi italiani il dibattito sul trattamento dei cittadini di nazionalità nemica si tramutò spesso nell'impegno attivo per radicalizzare le politiche del governo, giudicato — a ragione — piuttosto riluttante nel colpire i cittadini di nazionalità nemica e i loro beni. Nonostante l'intervento dell'Italia fosse giunto quando si era ormai delineato un quadro normativo internazionale chiaro nelle sue linee principali, l'esecutivo di Salandra non volle attuare un piano preordinato di persecuzione dei cittadini nemici e si adeguò con molto ritardo alla guerra economica che l'Intesa stava conducendo contro gli Imperi centrali. A pesare erano soprattutto le preoccupazioni per le rappresaglie ai danni delle comunità italiane oltre ai timori per il coinvolgimento della Germania sul fronte italo-austriaco e il rischio di intaccare i rapporti economici e finanziari con il *Reich*.

La riluttanza ad integrarsi appieno nello sforzo bellico dell'Intesa, nonostante gli obblighi presi con il patto di Londra, comportò la tardiva dichiarazione di guerra contro l'impero ottomano (agosto 1915) e soprattutto contro la Germania (agosto 1916) ⁽¹⁴⁾. Ciò ebbe riflessi anche sul trattamento dei cittadini nemici. Alla vigilia dell'ingresso in guerra contro l'impero asburgico, Italia e Germania siglarono l'accordo Bollati-Jagow (21 maggio) con cui i due governi si impegnavano a tutelare i rispettivi cittadini dall'internamento e dal sequestro dei beni. L'intesa, simile agli accordi serbo- e nipponotedesco dell'anno precedente ⁽¹⁵⁾, aveva trovato l'assenso di Salandra che riteneva conveniente « promuovere, i criteri più umani » ⁽¹⁶⁾ e del Guardasigilli Orlando secondo cui l'accordo rispondeva « ad

⁽¹³⁾ Sulla guerra « totale » si vedano E. TRAVERSO, *A ferro e fuoco. La guerra civile europea 1914-1945*, Bologna, il Mulino, 2007, pp. 61-70, 91-110; B. BIANCHI, *I civili: vittime innocenti o bersagli legittimi?* in *La violenza contro la popolazione civile nella Grande Guerra. Deportati, profughi, internati*, a cura di Ead., Milano, Unicopli, 2006, pp. 13-82.

⁽¹⁴⁾ L. RICCARDI, *Alleati non amici. Le relazioni politiche tra l'Italia e l'Intesa durante la prima guerra mondiale*, Brescia, Morcelliana, 1992.

⁽¹⁵⁾ JAHR, *Keine Feriengäste*, cit., p. 235 e M. STIBBE, *British civilian internees in Germany. The Rubleben camp, 1914-18*, Manchester, Manchester University Press, 2008, p. 32.

⁽¹⁶⁾ Documenti Diplomatici Italiani, *Quinta serie: 1914-1918. Volume III (2 marzo — 24 maggio 1915)*, Salandra a Sonnino, 8 maggio 1915, p. 489.

un alto concetto etico e ad un sistema di equità, l'osservazione dei quali, nell'eventualità di una guerra, sarà sommamente lodevole ed esemplarmente utile nel momento presente » (17). Il ministro degli Esteri Sonnino aveva persino provato a siglare intese simili con il governo bavarese, l'impero ottomano e asburgico anche se invano (18). L'accordo Bollati-Jagow, benché destinato a diventare un « pezzo di carta » nel giro di poco (19), non era certo dovuto agli scrupoli umanitari della classe dirigente liberale, ma era la prova della prudenza diplomatica del governo italiano che nel corso del conflitto sarebbe stato riluttante nella persecuzione dei cittadini nemici, soprattutto nell'ambito patrimoniale (20). Nondimeno l'Italia avrebbe progressivamente ceduto di fronte alle pressioni internazionali e dell'opinione pubblica, dimostrando l'insostenibilità dei principi dell'accordo Bollati-Jagow.

Molti giuristi non condivisero affatto l'orientamento dei vari

(17) Archivio del Ministero degli Esteri e della Cooperazione Internazionale (ASMAECI), *Archivio politico e ordinario di Gabinetto 1915-1918*, b. 78, fasc. « Accordo italo-germanico per la protezione dei rispettivi sudditi e beni durante la guerra (21 maggio 1915) », Orlando a Sonnino, 16 maggio 1915.

(18) Ivi, Sonnino a Legazione Italiana in Baviera e Ambasciata Italiana a Costantinopoli, 22 maggio 1915 e S. SONNINO, *Diario, 1914-1916*, Bari, Laterza, 1972, p. 155.

(19) L'accordo venne dichiarato decaduto dal governo italiano il 2 maggio 1916 in seguito al mancato pagamento delle pensioni destinate agli italiani da parte delle banche tedesche. La decadenza dell'intesa era anche il frutto della pressione esercitata dagli alleati e dalla stampa, soprattutto estera, sul governo italiano. Cfr. J. MUHR, *Die deutsch-italienischen Beziehungen in der Ära des Ersten Weltkrieges (1914-1922)*, Frankfurt-Zurich, Muster-Schmidt Verlag, 1977, pp. 128-129.

(20) Discorso in parte differente per la questione dell'internamento. I cittadini maschi austro-ungarici in età di leva furono costretti al domicilio coatto già pochi giorni dopo l'inizio delle ostilità e nei mesi successivi le autorità militari e civili colpirono uomini e donne di nazionalità tedesca o accusati di « austriacantismo ». Non vennero tuttavia mai istituiti campi di concentramento, né vi fu una politica di internamento sistematico almeno fino al 1918: G. PROCACCI, *Warfare-welfare. Intervento dello Stato e diritti dei cittadini (1914-1918)*, Roma, Carocci, 2013, pp. 103-107; D.L. CAGLIOTI, *Tra la Sardegna e Katzenau. Donne e uomini al confino e nei campi di concentramento, La Grande Guerra delle italiane. Mobilitazioni, diritti, trasformazioni*, a cura di S. Bartoloni, Roma, Viella, 2016, pp. 249-270; EAD., *Enemy aliens and colonial subjects. Confinement and internment in Italy, 1911-19*, in *Internment during the First World War. A Mass Global Phenomenon*, edited by S. Manz, P. Panayi, M. Stibbe, London, Routledge, 2018, pp. 125-144.

governi italiani. Spinti dall'entusiasmo patriottico oltre che da interessi privati, sposarono i toni della propaganda più accesa e aderirono ai propositi del nazionalismo economico nell'ottica di rafforzare la posizione dell'Italia nell'agone internazionale. Informati delle misure adottate in Inghilterra, Francia, Germania e Austria-Ungheria attraverso la circolazione sulle riviste giuridiche ⁽²¹⁾, questi diedero vita ad un serrato dibattito accademico e si mobilitarono nell'opinione pubblica per spingere il governo a colpire i cittadini di nazionalità nemica con maggior vigore. I loro sforzi ebbero esiti limitati almeno fino a Caporetto, quando lo *shock* della disfatta costrinse il governo a cedere alle richieste di maggiore persecuzione dei cittadini nemici. Accanto all'impegno per forzare la condotta governativa, il dibattito sul trattamento dei « sudditi nemici » ebbe altresì l'effetto di delineare un quadro dottrinale e normativo del tutto nuovo, che erose molti dei principi liberali dell'ordinamento. Furono in particolare tre gli ambiti in cui ciò emerse con maggior forza: la normativa sulla cittadinanza; la capacità giuridica; i diritti patrimoniali.

2.1. *Ridefinire la cittadinanza.*

Benché le migrazioni di massa avessero spinto alcuni paesi ad intervenire nelle norme di cittadinanza già prima del conflitto come era testimoniato dalle riforme in Italia, Germania e Gran Bretagna nel 1912-14 ⁽²²⁾, la Grande Guerra rappresentò un vero e proprio spartiacque per gli Stati nazionali e i loro imperi coloniali. Le

⁽²¹⁾ Cfr. A. WAHL, *La legislazione civile in occasione della guerra in Francia e Austria*, in ASCOLI, *Nota sulla legislazione civile di guerra in Inghilterra, Germania ed Austria*, in « Rivista di Diritto Civile », 1915, pp. 214-233 e 234-239; A. SOLMI, *Leggi eccezionali contro il nemico in materia patrimoniale (Germania, Austria-Ungheria, Francia, Inghilterra)*, in « Rivista del diritto commerciale e del diritto delle obbligazioni », 1915, pp. 410-423.

⁽²²⁾ Sul caso italiano si vedano S. DONATI, *A political History of National Citizenship and Identity in Italy 1861-1950*, Standford, Stanford UP, 2013; C. BERSANI, *Cittadinanze ed esclusioni*, in *Il Risorgimento*, Storia d'Italia, Annali 22, a cura di P. Ginsborg, A. Banti, Torino, Einaudi, 2007, pp. 607-634; G. TINTORI, *Cittadinanza e politiche di emigrazione nell'Italia liberale e fascista*, in *Familismo legale. Come (non) diventare italiani*, a cura di G. Zincone, Roma-Bari, Laterza, 2006, pp. 52-104. Per un confronto tra i due paesi V.F. GIRONDA, *Die Politik der Staatsbürgerschaft. Italien und*

denaturalizzazioni e le rinaturalizzazioni in ragione degli eventi bellici così come degli scambi di popolazione o dei mutamenti di confine dopo il 1918 ridefinirono il concetto della cittadinanza, stravolgendone pratiche e teorie consolidate ed esasperando le differenze con gli stranieri (23).

Nel corso del conflitto una delle paure che più angosciarono le opinioni pubbliche era la presenza di nemici « naturalizzati » prima della guerra ma rimasti legati « subdolamente » alla loro patria e quindi ritenuti potenziali spie. Ciò valeva per la Germania, la cui legge del 1913 consentiva a molti suoi ex-cittadini il riacquisto e dunque una situazione di doppia cittadinanza *de facto*. Furono proprio questi timori che spinsero il parlamento francese ad approvare una legge nella primavera del 1915 che stabiliva la denaturalizzazione per quei tedeschi e austriaci divenuti francesi (24). Anche in Italia si fecero largo nel mondo dei giuristi preoccupazioni simili, tuttavia la scarsa presenza di tedeschi e austriaci in Italia nonché il numero irrisorio di naturalizzati prima della guerra (25) fece sì che il dibattito si incentrasse sulla condizione riservata agli stranieri dall'art. 3 del Codice civile, che dal 1865 stabiliva la parificazione giuridica tra stranieri e cittadini italiani senza fare riferimento al principio di reciprocità tra Stati. Pur essendo una delle principali peculiarità del codice italiano rispetto al modello napoleonico, l'art. 3 fu anche molto controverso. Sostenuta strenuamente da Pasquale Stanislao Mancini ma contestata già al momento della stesura del codice, la parificazione era tornata all'attenzione dei giuristi alla fine

Deutschland im Vergleich 1800-1914, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 2010. In Gran Bretagna il *Nationality and Status of Aliens Act* venne emanato il 7 agosto 1914.

(23) CAGLIOTI, *Subjects, Citizens, and Aliens*, cit.; EAD., A. MANASSERO, *Cittadinanza e appartenenza in tempi di crisi*, in « Contemporanea. Rivista di storia dell'800 e del '900 », 2016, pp. 171-176. Più in generale P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, Roma-Bari, Laterza, 1999-2001, 4 voll.; D. GOSEWINKEL, *Schutz und Freibeit? Staatsbürgerschaft in Europa im 20. und 21. Jahrhundert*, Berlin, Suhrkamp Verlag, 2016; *Sudditi o cittadini? L'evoluzione delle appartenenze imperiali nella Prima guerra mondiale*, a cura di S. Lorenzini e S. A. Bellezza, Roma, Viella, 2018.

(24) CAGLIOTI, *La cittadinanza alla prova della Grande Guerra*, cit., pp. 303-322.

(25) Stando alle statistiche del 1911, i tedeschi naturalizzati erano 212, mentre gli austro-ungarici erano 1.051, anche se molti di loro erano « italiani non regnicoli ». Cfr. GIRONDA, *Die Politik der Staatsbürgerschaft*, cit., p. 277.

dell'Ottocento quando da più parti venne richiesta la revisione della materia sulla cittadinanza. La riforma del 1912 aveva tuttavia lasciato l'art. 3 intatto ⁽²⁶⁾. La guerra riaccese il dibattito, dal momento che i giuristi si posero il problema di ridefinire i confini tra cittadini e stranieri.

A sollevare il tema fu Prospero Fedozzi, docente di Diritto internazionale nonché rettore dell'università di Genova. Su *Scientia*, rivista di « sintesi scientifica », Fedozzi espose le sue dure critiche alla parificazione degli stranieri contenuta nel Codice civile. Lo scopo del suo intervento — scritto a ridosso dell'ingresso in guerra dell'Italia — era di delineare una nuova configurazione della posizione degli stranieri « come parte del programma di difesa nazionale » ⁽²⁷⁾. Partendo dalla premessa che « il mondo [avesse] camminato troppo in fretta » ⁽²⁸⁾, per Fedozzi occorreva affrontare uno dei temi che maggiormente era stato in « balia della pura ideologia ». Le « tendenze cosmopolitiche » del secolo precedente avevano concepito « come un grande progresso la rimozione di ogni limite all'ammissione degli stranieri e la loro sempre più perfetta parificazione ai cittadini ». Proprio l'art. 3 del Codice civile italiano era stato uno dei frutti legali più audaci in tal senso. Tuttavia l'infatuazione di molti giuristi come Mancini era stata tale da non vederne le « aberranti conseguenze ». Per Fedozzi, « l'ideologia arrivava al risultato di tradire gl'interessi nazionali » poiché impediva allo Stato di « distin-

⁽²⁶⁾ A. AQUARONE, *La unificazione legislativa e i codici del 1865*, Milano, Giuffrè, 1960, pp. 7-8; C. STORCHI STORTI, *Il ritorno alla reciprocità di trattamento. Profili storici dell'art. 16 c. 1 disp. prel. del Codice Civile del 1942*, in *I cinquant'anni del codice civile: atti del Convegno di Milano, 4-6 giugno 1992*, vol. II: *Comunicazioni*, Milano, Giuffrè, 1993, pp. 501-535. Sull'apporto di Mancini anche a livello internazionale L. NUZZO, *Origini di una scienza. Diritto internazionale e colonialismo nel XIX secolo*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2012, pp. 87-168 e A. POLSI, *Nazione e cittadinanza. Pasquale Stanislao Mancini e i diritti civili degli stranieri*, in *Cittadinanze nella storia dello Stato contemporaneo*, a cura di M. Aglietti e C. Calabrò, Milano, FrancoAngeli, 2017, pp. 33-46.

⁽²⁷⁾ P. FEDOZZI, *Gli insegnamenti della Guerra circa il trattamento degli stranieri*, in « *Scientia* », XVIII (1915), p. 403.

⁽²⁸⁾ Ivi, p. 404.

guere fra stranieri [...] anche a secondo del loro particolare carattere, che potesse renderli necessari o graditi, incomodi o pericolosi » (29).

Oltre ad indicare nel terreno economico la debolezza principale del Codice civile che consentiva l'invadenza dei capitali stranieri (vedi *infra*), Fedozzi intendeva sottolineare anche il « modo difettoso in cui [era] disciplinata la naturalizzazione degli stranieri » (30). A suo dire, molti Stati europei avevano largheggiato nel concedere la cittadinanza ai tedeschi e austriaci, i quali erano rimasti in realtà vincolati alla loro patria d'origine. L'esempio dell'impero zarista, dove la folta minoranza tedescofona aveva conservato rapporti economici, finanziari e culturali con la Germania fino a costituire una presunta « quinta colonna » nell'impero zarista allo scoppio del conflitto, sarebbe dovuto essere istruttivo sulle contromisure da adottare:

In Russia, e negli altri paesi che, sia pure in misura minore, hanno dovuto lamentare gli stessi mali, si è cominciato a prendere un provvedimento, che per quanto speciale al tempo di guerra e dettato dall'urgenza della difesa, non manca di offrire un indice di tendenza che potrà svolgersi nel tempo di pace. Si è cominciato cioè a trattare gli austro-tedeschi naturalizzati come sudditi nemici, annullando così per il tempo di guerra gli effetti della naturalizzazione. È lecito considerare quest'atto come preparatorio a misure definitive, che stabiliscano una normale differenza di situazione fra naturalizzati e cittadini d'origine e attribuiscano nettamente il carattere di revocabilità alle concessioni di cittadinanza. [...] Credo che in definitiva il ritogliere il beneficio della cittadinanza, di cui si sia fatto malo uso, costituisca una misura repressiva che assai utilmente accompagnerà le misure preventive di una grande cautela nell'accordare quel beneficio e di una certa parsimonia nello stabilirne il contenuto (31).

Era chiaro che Fedozzi invitava l'Italia a dotarsi di simili strumenti legislativi nell'ormai imminente conflitto. La sua proposta, benchè riecheggiata in Parlamento da alcuni deputati nazionalisti e interventisti, raccolse tuttavia reazioni contrastanti. Fatta eccezione per Francesco Carnelutti, nei primi anni di guerra i colleghi si mostrarono piuttosto prudenti.

(29) Ivi, p. 405.

(30) Ivi, p. 413.

(31) Ivi, p. 417. Per il trattamento degli *enemy aliens* e delle minoranze nazionali nell'impero zarista durante il conflitto si veda LOHR, *Nationalizing the Russian Empire*, cit., in particolare p. 55 e ss.

Pietro Cogliolo — docente di Diritto romano a Genova — nel suo commentario della legislazione bellica invitava innanzitutto a « tenere ferma una norma di ermeneutica legale [...] che cioè le leggi che limitano le normali facoltà civili e commerciali dei cittadini devono essere interpretate in modo ristretto e rigoroso »⁽³²⁾ malgrado dovesse ammettere che alcune sarebbero state « degne di continuare a vivere anche nel tempo di pace »⁽³³⁾. In riferimento al trattamento degli stranieri, però, Cogliolo si mostrò contrario alla proposta di Fedozzi poiché non riteneva la guerra fosse il periodo « più adatto a giudicare teoricamente dell'importanza e della grandezza dell'art. 3 del nostro codice »⁽³⁴⁾.

Tantomeno il governo sembrò prendere in considerazione l'ipotesi della denaturalizzazione. Persino la sospensione di acquisto della cittadinanza italiana (R.D.L. n. 1144 del 25 luglio 1915), che Orlando definì come « indispensabile »⁽³⁵⁾, giunse soltanto dietro le pressioni delle autorità locali. Nel luglio 1915, infatti, il Commissario Civile di Milano Giovanni Cassis segnalò al governo che la mancata sospensione stava consentendo ai tedeschi e austro-ungarici da tempo residenti in Italia di evitare le misure contro di loro avanzando richiesta di naturalizzazione. Puntando il dito contro il rischio dello spionaggio tedesco, il funzionario non chiedeva soltanto di sospendere l'applicazione della legge del 1912, ma addirittura:

annullarla anche per l'avvenire, perché di fronte ai metodi tedeschi e segnatamente alla legge tedesca relativa alla doppia nazionalità, legge manifestamente fatta a danno delle altre Nazioni, la nostra legge troppo liberale e fidente è veramente pericolosa⁽³⁶⁾.

A livello pubblico le polemiche si riaccesero nel 1917 quando il deputato e avvocato Bortolo Belotti su *Nuova Antologia* propose

(32) P. COGLIOLO, *La legislazione di guerra nel diritto civile e commerciale: con una parte speciale sopra la colpa, i danni, la forza maggiore*, Torino, UTET, 1916, p. 7.

(33) Ivi, p. 8.

(34) Ivi, p. 12.

(35) Archivio Centrale dello Stato, Presidenza Consiglio dei Ministri, *Conflazione europea*, b. 124, fasc. 19.8.5, s.f. «Sudditi stranieri invocano loro favore applicazione dell'art. 3 n. 2 e 3 della legge 13 giugno 1912 n. 555 per divenire cittadini italiani», Orlando a Salandra, 16 luglio 1915.

(36) Ivi, Cassis a Salandra, 9 luglio 1915.

l'abolizione dell'art. 3 del Codice civile. Prendendo le mosse dai progetti di riforma come quello dell'art. 941 del Codice di procedura civile in materia di riconoscimento delle sentenze straniere ⁽³⁷⁾, Belotti invitava ad un ripensamento complessivo della legislazione sugli stranieri. La proposta del deputato lombardo rispondeva all'intento di regolare la condizione complessiva sia degli stranieri « nemici » che di quelli « neutri, che qualche volta rappresentano niente altro che dei simpatizzanti per i nostri nemici » ⁽³⁸⁾. Dopo aver ricordato le ragioni storiche della legislazione adottata nel 1865, Belotti sosteneva che i vantaggi derivanti da quella soluzione fossero stati ormai sopravanzati dai danni nei confronti dell'economia nazionale:

Esso non rappresenta più una bilancia in cui il piatto degli sperati vantaggi vinca quello dei pericoli e dei danni. Il rapporto si è invertito: il piatto dei vantaggi, oramai vuotato, perde con quello dei danni e dei pericoli. E perde con violenza, perché i danni e i pericoli, che derivano dalle applicazioni del nostro diritto internazionale privato, si accrescono col tempo.

E proseguiva:

Il nostro diritto internazionale privato colla complementare disciplina della esecuzione delle sentenze straniere è *frontiera aperta*: e ciò che poté e potrà passare attraverso questa frontiera costituisce un energico richiamo di ogni momento a intervenire con provvedimenti richiesti dalla sicurezza oltre che dalla dignità del paese ⁽³⁹⁾.

Per fronteggiare questo *vulnus* Belotti proponeva il ritorno al principio della reciprocità con la possibilità di istituire « zone di difesa giuridica », soprattutto nelle regioni di confine, in cui sospendere il criterio della reciprocità « nell'interesse della patria ». Infine il deputato lombardo giungeva a proporre l'introduzione di una norma per cui « l'attività giuridica degli stranieri [fosse] limitata e perfino sospesa » anche in tempo di pace; solo così si sarebbe potuto costituire un efficace « presidio contro la frode e la malizia ». In tal modo, la sospensione della capacità giuridica nel periodo di guerra

⁽³⁷⁾ Riforma realizzatasi di lì a poco con il R.D. n. 1272 del 20 luglio 1919: cfr. STORTI STORCHI, *Il ritorno alla reciprocità*, cit., pp. 532-535.

⁽³⁸⁾ B. BELOTTI, *Una frontiera aperta. Il trattamento giuridico delle ragioni degli stranieri in Italia*, in « Nuova Antologia », 1° maggio 1917, pp. 81-82.

⁽³⁹⁾ Ivi, p. 83.

sarebbe potuta essere estesa anche nel periodo di pace. Per giustificare tale proposta, Belotti adduceva motivi di « maggiore considerazione, di maggior fiducia in noi stessi, e quindi di educazione nazionale », « di vigilanza continua e quindi di sicurezza per il paese » ed infine « di giustizia, perché le rinunce alla norma universale del *do ut des*, su cui si fondano tutti i rapporti fra uomini e fra paesi, sono liberalità irragionevoli, come quella di chi si spoglia di tutto il suo per trovarsi in miseria » (40).

La proposta di Belotti venne criticata da Alfredo Ascoli, direttore della *Rivista di diritto civile* e docente di Istituzioni di diritto privato alla Bocconi. Malgrado l'impegno di Ascoli in quei mesi per menomare i diritti patrimoniali dei cittadini nemici con il sequestro e la confisca dei loro beni, la guerra aveva generato ai suoi occhi « una pubblica opinione battagliera » capace di conquistare anche « le anime più miti e gli spiriti più equilibrati » (41), al punto da rovesciare i principi fondamentali del pensiero liberale ottocentesco e negare così i diritti della persona umana.

A livello governativo non vennero adottati provvedimenti, tuttavia serpeggiavano negli ambienti ministeriali propositi simili a quelli dibattuti a livello pubblico. Nell'autunno 1916 il membro del Contenzioso diplomatico e console generale Gustavo Tosti (42) presentò al ministro Sonnino la questione del trattamento degli stranieri al termine delle ostilità all'insegna del primato della politica sul diritto, definito come « semplice strumento tecnico di configurazione dei rapporti umani in funzione del Potere ». Dopo aver ricordato come la dottrina internazionalista rifiutasse le « divagazioni retorico-sentimentali » del « mito del diritto naturale », Tosti spiegava che secondo la lezione di Dionisio Anzilotti non esisteva alcun « dovere *giuridico* dello Stato di ammettere gli stranieri nel proprio territorio », salvo « riconoscere la personalità giuridica dello

(40) Ivi, p. 86.

(41) A. ASCOLI, *Questioni relative alla guerra*, in « Rivista di Diritto Civile », 1917, p. 203.

(42) Nato a Napoli nel 1866 e laureatosi nel 1888, entrò al ministero degli Esteri l'anno seguente. Nominato nel 1915 membro dell'ufficio del Contenzioso e poi console generale, morì a Parigi nel 1919 durante la conferenza di pace.

straniero ammesso nell'ambito del territorio statale ». Ma si affrettava subito a chiarire:

Il riconoscimento della personalità non vuol dire necessariamente parità di trattamento dello straniero rispetto ai nazionali. Esso implica soltanto il riconoscimento nello straniero di un minimo di capacità giuridica, che consenta una forma sia pure rudimentale e limitata di tutela giurisdizionale del diritto subiettivo. Non obbligati giuridicamente, all'infuori di specifiche convenzioni, ad ammettere gli stranieri né a concedere loro un trattamento uguale a quello dei nazionali, gli Stati non hanno dal punto di vista internazionale altro obbligo se non quello di garantire agli stranieri ammessi nel territorio — come scriveva Anzilotti — *la qualité de personnes, de sujets de droits, avec les conséquences de droit public ou de droit privé qui en découlent, et de leur octroyer la protection juridique voulue par la reconnaissance de cette qualité* ⁽⁴³⁾.

A rappresentare una svolta fu la disfatta di Caporetto, un « trauma profondo nel tessuto culturale del paese » ⁽⁴⁴⁾ che comportò la mobilitazione di tutta la classe media italiana all'insegna del nazionalismo. Nei mesi successivi, quindi, anche il mondo dei giuristi partecipò attivamente al *revival* patriottico. Il nuovo clima bellico spinse molti di loro ad adottare un linguaggio ben più radicale che in passato, invocando soluzioni più estreme nei confronti dei cittadini di origine nemica. La penetrazione dei propositi della propaganda nazionalista divenne più profonda e provocò una radicalizzazione anche dei più prudenti.

Un esempio era rappresentato da Achille Giovene, all'epoca libero docente di Diritto privato all'università di Napoli. Nel 1917 sulla *Rivista di diritto commerciale* Giovene si schierò a favore delle posizioni meno garantiste in tema di trattamento dei cittadini nemici. Esaltava la legislazione di guerra, che gli appariva sì « affrettata, monca, imprecisa » ma in fondo « vivificata da un unico soffio,

⁽⁴³⁾ ASMAECL, *Archivio Politico e Ordinario di Gabinetto 1915-1918*, b. 408, fasc. « « Trattamento dei sudditi degli Stati nemici dopo la guerra », *Trattamento degli stranieri nemici dopo la guerra*, rapporto di Tosti a Sonnino, 2 settembre 1916. Sul positivismo giuridico NEFF, *Justice among Nations*, cit., p. 221 e ss.; su Anzilotti L. PASSERO, *Dionisio Anzilotti e la dottrina internazionalistica tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2010.

⁽⁴⁴⁾ G. PROCACCI, *Aspetti della mentalità collettiva durante la guerra. L'Italia dopo Caporetto*, in *La Grande Guerra. Esperienza, memoria, immagini*, a cura di D. Leoni e C. Zadra, Bologna, il Mulino, 1986, p. 261.

animatore: la religione della patria » (45). Da qui l'auspicio di Giovene che questa « almeno in parte, [sopravvivesse] pur nei giorni fecondi della pace ». E proprio la distinzione tra cittadini e stranieri veniva additata come la principale riforma da attuare:

Non sembri strana un'affermazione siffatta in bocca a giuristi italiani, il cui codice civile superò pel primo le barriere che dividevano il *civis* dal *peregrinus*, ammettendo gli stranieri al godimento incondizionato dei diritti civili nel Regno. Occorre decisamente fare un passo indietro, se è vero che i singoli, non i popoli, possano sacrificare ad alte idealità il loro interesse ed il loro egoismo. Perché valse appunto l'esperienza della presente guerra a mostrare qual danno possa esservi, per gli interessi di una nazione, in quella equiparazione dello straniero al cittadino ed a far intendere come l'attività degli stranieri, pur limitata nel campo del diritto privato, dia i mezzi per esercitare, indirettamente e per vie nascoste, quell'ingerenza politica che le vigenti legislazioni non consentono che ai cittadini (46).

L'auspicio che la legislazione di pace traesse spunto da quanto avvenuto in guerra si fondava sulle consuete accuse della propaganda nazionalista in merito al presunto spionaggio e alla penetrazione economica della Germania.

Nella sua ottica, l'intera legislazione contro i sudditi nemici poteva essere efficace a patto che fosse rivisto l'istituto della cittadinanza, e in particolare le naturalizzazioni per gli stranieri:

Tutte siffatte misure non sarebbero destinate ad alcun risultato pratico, se non si ponesse mano contemporaneamente alla riforma di un istituto di cui si è largheggiato in ogni verso e che pure ha dato le più amare delusioni: intendo accennare alla naturalizzazione degli stranieri.

Si confermava insomma il legame tra le richieste di denaturalizzazione e la riforma dell'ordinamento civile che emerse nel dibattito giuridico italiano:

Sarebbe perfettamente frustraneo istituire contro costoro un regime di difesa, se essi potessero, in virtù di dolose naturalizzazioni, agevolmente camuffarsi da cittadini. Poiché cittadinanza e nazionalità non sempre coincidono, non è raro il caso che la prima venga concessa a chi nell'anima rimane straniero, profondamente attaccato alla patria di origine e pronto a servirla, ai danni della patria di occasione. Per tal via l'istituto della naturalizzazione divenne l'arma più potente della frode nei rapporti internazionali

(45) A. GIOVENE, *Legislazione di Guerra e riforme di diritto privato*, in « Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni », 1917, p. 657.

(46) Ivi, p. 661.

ed il mezzo più sicuro di spionaggio. [...] Sarebbe irrisorio limitar l'efficacia di questi provvedimenti al tempo di guerra; essi dovranno, invece, pur nel tempo normale costituir la direttiva per una nuova azione dei Pubblici Poteri, intesa soprattutto a restringere le concessioni di naturalizzazione, almeno fin quando un nuovo indirizzo dei rapporti internazionali non consentirà un liberalismo che non si ripaghi con l'inganno e con la frode (47).

La conseguenza del suo ragionamento era l'erosione dell'istituto giuridico della cittadinanza a vantaggio di una sua « etnicizzazione ». Non era certo una proposta originale, né del resto la legislazione italiana era immune da principi analoghi, com'era dimostrato dal trattamento di favore riservato agli italiani *irredenti* (48) o agli stranieri nemici di nazionalità *amica* (polacchi, cecoslovacchi, ottomani non-turchi, ecc.) che vennero esentati dalle misure persecutorie a danno dei cittadini nemici (49).

Un tentativo di mediazione giunse all'inizio del 1918 sulle pagine di *Nuova Antologia*. Giulio Diena, all'epoca docente di diritto internazionale a Torino, provò ad equilibrare le esigenze di difesa nazionale rivendicate da molti suoi colleghi con il rispetto dei principi fondamentali del codice. Il docente torinese concordava sull'idea che gli Imperi centrali avessero svolto un'opera disgregatrice degli avversari servendosi dei loro cittadini « naturalizzati » ma rimasti legati alla madrepatria. Contro queste manovre gli strumenti difensivi messi in atto dall'Italia si erano rivelati non del tutto efficaci perché « adottati non sempre in modo uniforme oppure con un grado di severità che varia a seconda che ne siano oggetto sudditi nemici appartenenti all'uno piuttosto che all'altro degli Stati ». Per

(47) Ivi, pp. 667-668.

(48) Tutti i decreti emanati nel 1915-18 contro i « sudditi nemici » esentavano i cittadini di nazionalità italiana dell'impero asburgico dalla persecuzione, tuttavia la concessione della cittadinanza nei confronti degli *irredenti* arruolatisi nell'esercito italiano divenne un tema dibattuto soprattutto da G.C. BUZZATI in un paio di articoli sulla *Rivista di diritto civile* (*Note sulla cittadinanza*, 1916, pp. 485-506; *Note sulla cittadinanza*, 1918, pp. 146-157) e sul *Corriere della Sera* (*Cittadinanza e servizio militare*, 13 maggio 1918). Alla fine il D.L. n. 870 del 30 giugno 1918 consentì agli italiani irredenti arruolatisi nell'esercito italiano di ottenere la cittadinanza.

(49) Il D.L. n. 103 del 30 gennaio 1916 aveva previsto l'esenzione dalle misure di sequestro dei beni per i cittadini ottomani di nazionalità non turca. I decreti presidenziali del 23 febbraio e 5 maggio 1919 esentarono cecoslovacchi e polacchi dalla legislazione contro i sudditi nemici.

Diena era auspicabile intervenire nell'ambito della cittadinanza poiché occorreva evitare di trovarsi « impotenti [...] avendo di fronte individui che pure conservando, non solo sentimenti a noi ostili, ma anche un vincolo giuridico-politico con uno Stato che ci è nemico, possono tuttavia attestare e comprovare legalmente la loro qualità di cittadini italiani »⁽⁵⁰⁾. Ancora una volta era la legge di cittadinanza tedesca del 1913 a rappresentare il principale pericolo. Per ovviare a tali inconvenienti, Diena guardava all'esempio della legge francese del 1915 sulla denaturalizzazione che avrebbe meritato « di essere *sostanzialmente* imitata pure in Italia »:

Se anche in Italia venissero introdotte disposizioni consimili, le autorità competenti potrebbero provvedere alla nostra difesa interna in modo più efficace di quanto sia loro attualmente consentito di fare. Col rendere, salvo in alcuni casi determinati, semplicemente *facoltativo* pel governo il provvedimento del ritiro della naturalizzazione concessa ad originari di Stato nemico, non si verrebbe in modo generale ad attuare misure di odiose persecuzioni verso tutti gli ex-sudditi di Potenze nemiche, ma si avrebbe il mezzo di difendersi contro quelli tra i naturalizzati che tentassero di operare a nostro danno sia pure senza commettere atti suscettibili di venire giuridicamente qualificati come reati. L'arma così posta in mano al governo servirebbe di valida remora, idonea a dissuadere durante la guerra certi nostri concittadini di fresca data dall'agire allo scopo di giovare allo Stato nemico di cui sono originari⁽⁵¹⁾.

La proposta era insomma chiara: dotare il governo di una facoltà che sarebbe stata un deterrente contro quei cittadini naturalizzati infidi. Una misura del genere avrebbe inoltre placato le preoccupazioni di molti colleghi di Diena e di tanta parte dell'opinione pubblica, senza però introdurre pericolosi automatismi capaci di minare le basi dell'ordinamento e stravolgere l'istituto della cittadinanza. A testimonianza della sua prudenza, il docente torinese non condivideva le proposte di Fedozzi, Belotti e Giovene sulla « revisione delle norme legislative eccessivamente liberali verso gli stranieri ». Diena, pur riconoscendo che « il liberalismo di certi testi » fosse eccessivo al punto da « favorire gli stranieri, senza nulla ottenere in cambio per i nostri cittadini all'estero », non riteneva che

⁽⁵⁰⁾ G. DIENA, *La difesa interna e la legislazione di guerra sulla cittadinanza*, in « Nuova Antologia », 16 gennaio 1918, p. 182.

⁽⁵¹⁾ Ivi, p. 184.

il conflitto mondiale fosse il momento più opportuno per « una radicale e permanente modificazione dei nostri ordinamenti e sistemi legislativi » poiché vi era il rischio di causare « un serio regresso ed un danno pei nostri stessi interessi » ⁽⁵²⁾.

Il giurista fu anche uno dei pochi a toccare il nodo della cittadinanza femminile, di cui il conflitto aveva fatto emergere tutte le contraddizioni nel sistema giuridico prebellico ⁽⁵³⁾. Riprendendo le parole di Paolo Orano sul *Popolo d'Italia* ⁽⁵⁴⁾, Diena abbandonò la sua prudenza e suggerì infatti di prendere provvedimenti contro le donne straniere che avessero acquisito la cittadinanza italiana tramite il matrimonio. Reiterando i consueti stereotipi misogini, il giurista contrapponeva il destino delle donne italiane divenute straniere con quelle delle « mogli tedesche » in Italia « le quali nutrono sentimenti a noi ostili e fanno il possibile, senza incappare nelle panie della legge penale, per recarci danno, godono, per essere maritate ad italiani, di una condizione di tranquillità e sicurezza ben diversa da quella riserbata alle italiane d'origine » ⁽⁵⁵⁾. Anche in questo caso Diena auspicava un provvedimento che desse la facoltà allo Stato di privare della cittadinanza le donne che costituissero una reale minaccia per la sicurezza dello Stato e non in maniera automatica. In questo modo, sperava di limitare gli effetti delle norme di guerra, che — nel caso delle donne straniere — avrebbero potuto stravolgere il principio dell'unità della cittadinanza dei nuclei familiari. Il giurista torinese, infatti, concludeva: « l'eccezionalità del periodo storico che stiamo attualmente attraversando varrebbe pienamente a giustificare una deroga *temporanea* ai principi e alle norme del diritto comune » ⁽⁵⁶⁾. La prospettiva di Diena era tuttavia illusoria. Era infatti difficile porre una netta distinzione tra la

⁽⁵²⁾ Ivi, p. 185.

⁽⁵³⁾ H. IRVING, *Citizenship, alienage, and the modern constitutional state: a gendered history*, New York, Cambridge University Press, 2016, pp. 115-140. Per le innovazioni legislative in materia di diritti delle donne generate dal conflitto cfr. C. LATINI, *The Great War an the Reorientation of Italian Private Law*, in « Comparative Legal History », 2014, cit., pp. 257-259.

⁽⁵⁴⁾ P. ORANO, *Le mogli tedesche*, « Il Popolo d'Italia », 25 dicembre 1917.

⁽⁵⁵⁾ DIENA, *La difesa interna*, cit., p. 187.

⁽⁵⁶⁾ Ivi, p. 188.

legislazione di guerra e quella di pace, evitando che questa influenzasse gli ordinamenti nel dopoguerra.

Il governo italiano accolse i suggerimenti di Diena. Il D.L. n. 36 del 18 gennaio 1918, che imponeva l'internamento per tutti i cittadini nemici e il sequestro di tutte le loro proprietà, stabiliva anche la sospensione « della concessione della nazionalità italiana » ottenuta nei dieci anni precedenti, considerando questi cittadini naturalizzati « come aventi la nazionalità precedente alla concessione » (art. 4). Tale sospensione poteva essere attuata dal ministero dell'Interno soltanto d'accordo con una commissione formata da funzionari ministeriali, un consigliere di Stato e un magistrato della Corte d'Appello di Roma (art. 2). L'Italia si dotava così per la prima volta di una esplicita disposizione normativa che dava la facoltà di annullare la naturalizzazione degli stranieri. Era una vittoria, seppur parziale, per quanti avevano sostenuto la necessità di compiere una revisione delle naturalizzazioni. Malgrado non si abbia notizia di casi di misure del genere, è significativo che fosse entrato nell'ordinamento italiano il principio della revocabilità della cittadinanza nei confronti di persone sospettate di essere pericolose per la sicurezza dello Stato. Con la presunzione della validità della precedente cittadinanza, inoltre, la legge avrebbe generato numerose situazioni di apolidia *de facto*. Il meccanismo della denaturalizzazione sarebbe stato ripreso a distanza di pochi anni con la « legge sui fuoriusciti » elaborata da Alfredo Rocco nel 1926 con la quale gli esuli antifascisti venivano privati della cittadinanza e di tutti i loro beni, a testimonianza della contagiosità della mobilitazione contro il « nemico » sul piano discorsivo e legislativo ⁽⁵⁷⁾.

2.2. *La capacità giuridica dei « sudditi nemici » e il ruolo della magistratura.*

Un altro dibattito fu scatenato dal D.L. n. 902 del 24 giugno 1915 che, oltre a dichiarare nulli i passaggi di proprietà compiuti dopo l'inizio delle ostilità, sospendeva la capacità giuridica di citta-

⁽⁵⁷⁾ F. COLAO, « Hanno perduto il diritto di essere ancora considerati figli d'Italia ». I « fuoriusciti » nel Novecento, in « Quaderni fiorentini », 38 (2009), pp. 658-664.

dini, enti e società austro-ungarici o residenti nell'impero asburgico, ai quali era vietato di « intentare o proseguire istanze, azioni, atti e procedure in materia civile, commerciale o amministrativa davanti a qualsiasi giurisdizione del Regno e delle Colonie, anche in sede non contenziosa, e fare trascrizioni o iscrizioni ipotecarie » (art. 2). Il decreto era stato emanato con un mese di ritardo rispetto all'inizio del conflitto soltanto dietro l'insistenza del foro degli avvocati di Milano, che l'8 giugno aveva inviato una petizione a Salandra e Orlando per chiedere la sospensione della capacità giuridica di tutti i cittadini e gli enti nemici. Il governo aveva accolto la richiesta, riprendendo alla lettera le parole della petizione ⁽⁵⁸⁾.

Il decreto generò però alcuni dubbi circa la sua corretta lettura. Alcuni giuristi interpretarono il decreto in maniera estensiva cioè negando ai cittadini austriaci, e poi anche ottomani e tedeschi ⁽⁵⁹⁾, il diritto di difesa qualora fossero stati citati in giudizio dagli italiani. Sfruttando l'indeterminatezza nella formulazione del decreto, l'interpretazione estensiva mirava in ultima analisi a favorire l'intervento dei tribunali e degli organi amministrativi nelle proprietà nemiche, che in questo modo, prive di qualsiasi titolare legalmente riconosciuto, sarebbero finite nelle mani del controllo statale con modalità simili a quanto avvenuto in Francia. Il dibattito si svolse sulle riviste, ma interessò anche la magistratura italiana, che diversamente dalla Francia ebbe un ruolo piuttosto marginale nel trattamento dei cittadini nemici ⁽⁶⁰⁾.

Ad aprire il dibattito fu un intervento sulla *Rivista di diritto commerciale* di Francesco Carnelutti, docente di Diritto processuale a Padova nonché rinomato avvocato. Partendo dalla premessa che « il diritto di guerra [dovesse] essere interpretato con una mentalità di guerra », il giurista leggeva il decreto come una difesa necessaria contro i nemici interni:

L'azione giudiziaria è prettamente un mezzo di superiorità; è l'arma concessa

⁽⁵⁸⁾ Il documento chiedeva anche di vietare i pagamenti e di sequestrare i beni dei cittadini nemici: *Proposte degli avvocati e procuratori di Milano per provvedimenti relativi ai rapporti di diritto privato col nemico*, in « Rivista di Diritto Civile », 1915, pp. 412-417. Cfr. G. FURGIUELE, *La « Rivista di Diritto Civile » dal 1909 al 1931*, in « Quaderni fiorentini », 16 (1987), pp. 577-583.

⁽⁵⁹⁾ I cittadini ottomani furono privati della capacità con il D.L. n. 1755 del 25 novembre 1915 e i tedeschi con D.L. n. 864 del 18 luglio 1916.

⁽⁶⁰⁾ Si vedano i lavori già citati di Deperchin.

per difendere il diritto. Quest'arma doveva essere tolta di mano al cittadino nemico. Un austriaco, un tedesco, un turco non dev'essere più in condizione da attuare, per mezzo del magistrato italiano, il sacrificio dell'interesse di un cittadino italiano all'interesse suo. Inflessibile logica di guerra. [...] Ci si persuadea dunque che, per necessità della guerra, il nemico è fuori dal diritto; e ingiustizia sparisce [...]. Non si può lasciar che collabori col giudice per la soddisfazione di uno dei nostri interessi supremi, chi ha, per la ragione della guerra, un interesse in aperto conflitto con quello ⁽⁶¹⁾.

Porre il nemico al di fuori del diritto era doveroso per rimediare al *vulnus* dell'art. 3 del Codice civile « che costituiva per noi, unico tra gli Stati europei, una smagliatura gravissima della cotta d'acciaio, onde dobbiamo ricoprirci » ⁽⁶²⁾. Per il giurista romano la privazione della capacità processuale serviva ad impedire la partecipazione del nemico al processo sia come attore sia come convenuto. La conseguenza era quindi la negazione del diritto di difesa per gli enti e i cittadini nemici, che avrebbero dovuto subire un processo in contumacia in evidente posizione di inferiorità. D'altra parte agli occhi di Carnelutti, che in quei mesi assisteva alcune aziende italiane impegnate in cause civili contro società austro-ungariche, lo scopo della legge era proprio quello di creare una disparità tra l'italiano e il nemico. Come avrebbe ribadito in altri interventi in risposta ai suoi critici, il giurista romano doveva riconoscere che « se il nemico ha, per definizione, interessi contrari al migliore svolgimento della nostra vita collettiva interna, non è ingenuo presumere che egli non si trovi in condizione di agire in processo nel modo più conforme alle esigenze della attuazione del diritto » ⁽⁶³⁾. Con questo Carnelutti intendeva richiamare l'attenzione dei suoi colleghi « sulla grande utilità sociale di questa opera nostra, in cui si traduce la più vera solidarietà dei giuristi col legislatore di guerra ». La fusione tra il diritto e l'interesse nazionale era tale che la legge non avrebbe dovuto più considerare gli individui su un piede di parità bensì sulla base delle differenze nazionali. E per fare ciò i giuristi dovevano offrire la loro competenza per fornire un'adeguata inter-

⁽⁶¹⁾ F. CARNELUTTI, *Incapacità processuale degli Austriaci durante la guerra*, in « Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni », 1916, pp. 766-768.

⁽⁶²⁾ Ivi, p. 772.

⁽⁶³⁾ F. CARNELUTTI, *Ancora sulla incapacità processuale degli Austriaci durante la guerra*, in « Rivista di Diritto Internazionale », 1917, p. 381.

pretazione della legislazione bellica, specie se prudente come quella italiana. Per giustificare una violazione tanto clamorosa dei diritti fondamentali dello straniero nemico, il quale veniva posto fuori dal diritto, Carnelutti si appoggiava soprattutto al principio della « necessità » bellica. Con ciò lo « stato di eccezione » imposto dalla legge sui pieni poteri del 22 maggio 1915 confermava come fosse possibile « il sovvertimento di tutti i principi che fino a quel momento avevano costituito i cardini dello Stato liberale di diritto » (64).

La proposta di Carnelutti sollevò un coro di proteste da parte di molti colleghi, che non ne condividevano affatto la lettura radicale. L'internazionalista Bruno Breschi ritenne inaccettabile che la guerra potesse cancellare la « sfera minima di protezione giuridica che è considerata come una conseguenza del riconoscimento della personalità ». Restava perciò valida « la [loro] facoltà di invocare, in difesa di quei beni così intimamente personali, gli organi della giurisdizione civile e amministrativa » (65). Persino il docente di Diritto processuale di Roma Luigi Ferrara, che pure si diceva « il primo a plaudire l'audace tentativo di soluzione proposto dal Carnelutti » (66), si trovò costretto a riconoscere l'insensatezza della sua proposta rispetto al testo di legge. Tra i più critici vi era anche Gino Segrè, docente di Diritto romano nell'ateneo torinese. Pur riconoscendo che il decreto del 24 giugno fosse « non molto felice, a dir vero, né molto felicemente redatto » (67), gli era impossibile accogliere come valide « le gravissime premesse ed affermazioni » (68)

(64) M.T. LA SERRA, *Necessitas ius constituit. Emergenza e intervento statale in Italia nella Grande Guerra*, in « Le Carte e la Storia », 2010, 1, p. 121 e più in generale pp. 125-128.

(65) B. BRESCHI, *La condizione giuridica processuale dei sudditi nemici in Italia*, in « Rivista di Diritto Internazionale », 1917, p. 249.

(66) L. FERRARA, *Situazioni processuali di guerra*, in « Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni », 1918, p. 18.

(67) G. SEGRÈ, *Su alcuni provvedimenti in materia di diritto privato emessi in occasione della guerra*, in « Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni », 1916, p. 201.

(68) G. SEGRÈ, *Sul divieto d'agire imposto ai sudditi e residenti nel territorio austro-ungarico e su varie questioni dipendenti dalla requisizione di navi mercantili*, in « Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni », 1917, p. 480.

dell'avvocato romano, dal momento che, oltre a violare le norme processuali fondamentali, avrebbero dato luogo a numerose frodi a danno dei cittadini austro-ungarici. Le « gravi affermazioni » di Carnelutti rischiavano, inoltre, di travisare la tradizione giuridica italiana rappresentata dall'art. 3 del Codice civile, che non era certo « prodotto di astratte o chimeriche ideologie, ma alta e gloriosa affermazione spirituale e morale del nostro giovane Regno »⁽⁶⁹⁾. Per Segrè, insomma, non era ammissibile porre il nemico al di fuori del diritto, così come non si poteva interpretare il diritto bellico con uno spirito tanto « bellicoso ».

La risposta più autorevole alla tesi di Carnelutti venne da Mariano D'Amelio. Visto il doppio ruolo di braccio destro del presidente della Cassazione romana Lodovico Mortara e capo dell'ufficio legislativo della Presidenza del Consiglio, il magistrato campano era una figura di estrema importanza nel rapporto tra mondo giuridico e politico nonché autorità pressoché indiscussa in tema di interpretazione della legislazione bellica⁽⁷⁰⁾. Agli inizi del 1917, sempre sulla *Rivista di diritto commerciale*, D'Amelio volle esporre la corretta lettera del decreto sulla privazione della capacità giuridica per i cittadini austriaci. Contrariamente a quanto sostenuto da Carnelutti, il provvedimento intendeva « paralizzare l'iniziativa del suddito nemico, ond'egli non [potesse] conseguire, durante il periodo della guerra, una condanna di cittadino italiano o di persona residente nel Regno o nelle colonie »⁽⁷¹⁾, ma non impediva affatto al cittadino austriaco di essere citato e di costituirsi in giudizio. Ad ulteriore chiarimento, D'Amelio ribadiva che in questo modo il governo aveva voluto « impedire che il suddito nemico, mediante l'attività degli organi statuali italiani, potesse conseguire il pagamento dei suoi crediti per impiegarne il ricavato in opere di guerra contro l'Italia », poiché era noto che prima del 1915 erano state collocate in Italia « ingenti partite di titoli austriaci, concedendo agli

⁽⁶⁹⁾ Ivi, p. 481.

⁽⁷⁰⁾ Su D'Amelio si veda A. MENICONI, *Storia della magistratura italiana*, Bologna, il Mulino, 2012, pp. 193-203. Per Mortara si veda M. BONI, *Il figlio del rabbino. Lodovico Mortara, storia di un ebreo ai vertici del Regno d'Italia*, Roma, Viella, 2018.

⁽⁷¹⁾ M. D'AMELIO, *Incapacità processuale degli Austriaci durante la guerra*, in « Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni », 1917, p. 56.

acquirenti di eseguirne il pagamento a rate » e dunque si intendeva « evitare che i debitori fossero obbligati a pagare le rate ancora dovute » (72) a vantaggio degli austriaci. Agli occhi del magistrato, inoltre, l'idea di Carnelutti di privare i cittadini austriaci della possibilità di difendersi sarebbe stata lesiva degli stessi interessi dei cittadini italiani. Un'interpretazione simile avrebbe reso loro difficile l'azione giudiziaria per recuperare i crediti non pagati dagli austriaci, mentre il decreto intendeva soltanto sospendere ogni ricorso fino al dopoguerra. Nell'ipotesi di Carnelutti, il processo si sarebbe svolto in maniera del tutto anomala in assenza di uno dei due soggetti e così si sarebbe ridotto « ad un soliloquio giudiziario » (73). Infine, D'Amelio ammoniva Carnelutti sul fatto che un'interpretazione estensiva sarebbe stata anche politicamente dannosa. L'impero austro-ungarico, infatti, non aveva pubblicato misure restrittive dell'azione giudiziaria degli italiani, ma « si limita[va] ad applicare per ritorsione quelle [misure] da noi promulgate contro i suoi sudditi, dando alle stesse quella medesima interpretazione »; occorreva, quindi, tenere a mente che « gli austriaci in Italia in confronto degli italiani in Austria sono, o almeno erano prima della guerra, proporzione di uno a cinque » (74).

A ridosso dell'articolo di D'Amelio, la Cassazione romana presieduta da Mortara aveva dato un'analogia interpretazione in una sentenza del 30 gennaio 1917. Nella motivazione redatta dallo stesso D'Amelio si ribadivano con parole quasi identiche le argomentazioni usate contro Carnelutti, prendendo le mosse dalla constatazione che il provvedimento « sebbene dettat[o] per un periodo storico eccezionale, va interpretat[o], come ogni altra legge, secondo le norme dell'art. 3 delle disposizioni preliminari del codice civile, e non [gli] si può attribuire altro senso che quello fatto palese dal proprio significato delle parole, secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore ». La sentenza aggiungeva inoltre che non era possibile ledere il diritto di difesa:

Essenziale diritto di difesa, nel nostro sistema processuale, è quello di impugnare le sentenze pronunciate a giudizio. Il convenuto soccombente [...] non intenta o prosegue un'azione giudiziaria contro l'attore, ma conti-

(72) *Ibidem*.

(73) Ivi, p. 57.

(74) Ivi, p. 58.

nua il suo sforzo difensivo e mira ad allontanare da sé gli effetti della decisione a lui contraria. Non vi ha nel suo operato alcun attacco, ma l'intendimento di liberarsi da quello avversario. Gli è perciò che il suddito austriaco può bene durante la guerra proporre gravami avverso le sentenze pronunciate contro di lui. Egli non potrà, invece, spiegare domande riconvenzionali, che tendono alla condanna dell'attore mediante l'esercizio dell'azione propria; ma a lui rimane integra l'attività di convenuto, intesa nel senso letterale della espressione ⁽⁷⁵⁾.

In seguito a questa sentenza, che peraltro ribaltava decisioni di segno opposto di alcune corti d'Appello, la disputa sull'interpretazione del decreto poteva dirsi conclusa. La magistratura, infatti, si adeguò alla lettura data da Mortara e D'Amelio, riconoscendo ai sudditi austriaci il diritto di potersi difendere ⁽⁷⁶⁾. In questo senso, la magistratura pose un argine, per quanto limitato, alla deriva che lo « stato di eccezione » avrebbe causato nella difesa dei diritti processuali dei cittadini nemici. L'orientamento *garantista* della Cassazione intendeva anche impedire che un'eventuale incapacità difensiva degli austro-ungarici potesse aprire la strada a sentenze lesive dei patrimoni nemici al di là dei confini stabiliti dai decreti governativi, come era avvenuto in Francia. In questo modo le corti italiane si trovavano vincolate ad un'interpretazione restrittiva, che non poteva piegarsi allo « zelo » di magistrati e avvocati pervasi dalla « mentalità di guerra » o sensibili agli interessi dei profittatori italiani ⁽⁷⁷⁾.

⁽⁷⁵⁾ Sentenza della Cassazione romana sul caso *Società anonima « Importation de céréales » c. Pericoli*, p. L. Mortara, e. M. D'Amelio (30 gennaio 1917), in *Giurisprudenza Italiana*, parte I, sezione I, Cassazione civile, 1917, pp. 320-321. Per l'attività di Mortara alla Cassazione, cfr. BONI, *Il figlio del rabbino*, cit. pp. 96-105.

⁽⁷⁶⁾ Si vedano le seguenti decisioni: sentenza della Corte d'Appello di Roma (24 febbraio 1917) sul caso *Castelli c. Banda industriale di Trento*, p. Pomarici, e. Ciotola, in *Foro Italiano*, parte I, 1917, pp. 542-543. Sentenza della Cassazione di Firenze (2 luglio 1917), sul caso *P... c. S...*, p. Mancini, e. Campili, in *Foro Italiano*, parte I, *Giurisprudenza civile e commerciale*, 1918, pp. 108-123 e sentenza della Cassazione di Firenze (15 luglio 1918) sul caso *Fernando P.M. c. Società « Navigazione libera triestina » Cini e Toso*, p. ed e. Mancini, in *Giurisprudenza Italiana*, parte I, sezione I, Cassazione Civile, 1918, pp. 835-840. Sentenza di Appello di Genova (22 aprile 1918) sul caso *Sattinger c. Canale*, p. Natellis, e. Masi e sentenza di Appello di Milano (16 maggio 1918) sul caso *Vonwiller e C. c. Orlandi*, p. Rossignoli, e. Zapparoli, in *Giurisprudenza Italiana*, parte I, sezione II, Corti d'Appello e tribunali civili, 1918, pp. 385-392.

⁽⁷⁷⁾ I pochi tentativi di forzare la legislazione vigente da parte della magistratura furono duramente sanzionati dalla dottrina: cfr. sentenza del tribunale di Milano (3

2.3. *I diritti patrimoniali del nemico.*

A rappresentare una delle preoccupazioni principali del mondo giuridico così come dell'opinione pubblica italiana fu indubbiamente la sfera patrimoniale dei « sudditi nemici ». Contro la presenza economica nemica si concentrava, infatti, la propaganda del mondo interventista e nazionalista che puntava all'attuazione di un vasto programma di nazionalismo economico così come era stato delineato nel 1914 da Filippo Carli e Alfredo Rocco (78). Pubbliciti come Ezio Maria Gray e Giovanni Preziosi o economisti come Maffeo Pantaleoni e lo stesso Carli, sostenuti da alcuni gruppi imprenditoriali come l'Ansaldo e la Banca Italiana di Sconto, erano concordi nell'additare la sfera economica come il principale *vulnus* dell'Italia rispetto alla Germania, principale bersaglio della propaganda nazionalista (79). Le proprietà dei cittadini nemici costituivano peraltro l'ambito in cui più facilmente lo Stato italiano poteva

giugno 1916), *Soc. Italiana Ganz di Elettricità c. Soc. An. delle Tranvie Orientali del Verbano*, p. Baruffi, e. Bonicelli, in G. SEGRÈ, *Sulla determinazione della nazionalità e della sede di una società in relazione al divieto d'agire imposto dall'art. 2 del Decreto luogotenenziale 24 giugno 1915, n. 902*, in « Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni », 1916, p. 727; Id., *Sul divieto di commercio con i sudditi di Stati nemici e sui contratti anteriormente conchiusi*, in « Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni », 1918, pp. 458-469; Id., *Sindacato e sequestro delle aziende (D. L. 8 agosto 1916, n. 961)*, Milano, Vallardi, 1918; la sentenza della Cassazione di Torino (20 maggio 1918), *Borella c. Società anonima « FILEA »*, p. Desenzani, e. Rubino, in *Giurisprudenza Italiana*, parte I, sezione I, Cassazione civile, 1918, pp. 825-828.

(78) F. CARLI, A. ROCCO, *I principi fondamentali del nazionalismo economico*, in *Il Nazionalismo Economico. I principi generali del nazionalismo economico. Il problema doganale. La politica agraria specialmente in rapporto alla piccola proprietà. La politica sociale. Relazioni al III Congresso dell'Associazione Nazionalista (Milano 16, 17 e 18 maggio 1914)*, Bologna, Zanichelli, 1914, pp. 5-60.

(79) A. FALCHERO, *La Banca Italiana di Sconto 1914-1921. Sette anni di guerra*, Milano, FrancoAngeli, 1990, pp. 55-66, 90-93, 130-132; A. VENTRONE, *La seduzione totalitaria. Guerra, modernità, violenza politica (1914-1918)*, Roma, Donzelli, 2003; D.L. CAGLIOTI, *Nazionalismo economico e antigermanesimo. La campagna contro i farmaci tedeschi durante la Prima guerra mondiale in Italia*, in « Contemporanea. Rivista di Storia dell'800 e del '900 », 2010, pp. 681-696; L. MENCIONI, *Il complottismo come categoria interpretativa: Giovanni Preziosi e la minaccia pangermanica nelle pagine de « La Vita Italiana all'Estero » (1913-1915)*, in « Studi Storici », 2016, pp. 111-136.

intervenire per soddisfare le esigenze di persecuzione vista la irrisoria presenza numerica di austriaci e tedeschi sul territorio nazionale.

Anche i giuristi presero parte a questa mobilitazione. Furono soprattutto il foro degli avvocati di Milano insieme ad alcuni accademici come Alfredo Ascoli, Giulio Cesare Buzzati ed Eliseo Antonio Porro a distinguersi nel tentativo di forzare il governo italiano ad attuare misure più incisive contro i patrimoni nemici. A loro giudizio, l'Italia avrebbe dovuto compiere un « sacrificio temporaneo della proprietà privata »⁽⁸⁰⁾ al fine di indebolire il nemico anche nella sfera privata e garantirsi un pegno in vista delle future trattative di pace. Nondimeno le loro richieste di sequestro e confisca dei beni nemici furono a lungo ignorate dal governo, che avrebbe ceduto soltanto di fronte alle pressioni degli alleati dell'Intesa⁽⁸¹⁾.

Più in generale, la guerra spinse numerosi giuristi a rivedere i presupposti liberali del diritto di proprietà derivanti dal Codice napoleonico⁽⁸²⁾. Le trasformazioni della sfera del diritto privato furono causate da processi economici e sociali profondi in parte già presenti prima del 1914, ma il conflitto ebbe un impatto devastante. L'erosione della distinzione tra pubblico e privato, il progressivo assoggettamento della proprietà privata alle esigenze nazionali e l'ingerenza dello Stato nel funzionamento dell'economia modificarono profondamente l'impianto dello Stato liberale⁽⁸³⁾. Il massiccio intervento dello Stato nella sfera privata individuale e la crescente importanza dell'appartenenza etnico-nazionale non potevano che travolgere la fragile posizione degli *enemy aliens* come proprietari⁽⁸⁴⁾.

(80) *Proposte degli avvocati e procuratori di Milano*, cit., p. 417.

(81) CAGLIOTI, *Why and how*, cit., p. 162.

(82) Per una efficace ricostruzione storico-giuridica resta valido il lavoro di S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Bologna, il Mulino, 1981. Si veda pure P. COSTA, *Proprietà e cittadinanza nell'Europa moderna: una mappa tematica*, in « Parolechiave », 2003, pp. 31-60.

(83) LA SERRA, *Necessitas ius constituit*, cit., pp. 117-125; LATINI, *The Great War*, cit., , pp. 242-263. Per il dibattito sulla proprietà privata nel periodo interbellico in Italia I. STOLZI, *Proprietà privata e ordinamento corporativo*, in « Giustizia Civile: rivista giuridica trimestrale », 2017, pp. 235-272.

(84) Sul nesso tra cittadinanza, nazionalità e proprietà si vedano D. GOSEWINKEL, *The Dominance of Nationality? Nation and Citizenship from the Late Nineteenth Century*

Già Fedozzi nel suo scritto del 1915 aveva individuato nella sfera patrimoniale un ambito in cui intervenire con misure di « precauzione » contro l'invasione economica straniera. Al contrario di quanto la dottrina aveva sostenuto fino ad allora, infatti, la guerra aveva dimostrato:

nel modo più manifesto che anche l'attività giuridico-privata degli stranieri può costituire un gravissimo pericolo per la sicurezza dello Stato e può essere presa come mezzo per svolgere un'attività politica più grave di quella dalla quale gli stranieri sono esclusi per concordi disposizioni legislative [...] tanto più dannosa quanto più è necessariamente subdola e indiretta ⁽⁸⁵⁾.

Con queste parole veniva rotto il paradigma liberale della separazione tra la sfera privata e quella pubblica, riconoscendo come la sicurezza dello Stato dipendesse anche dall'attività commerciale e finanziaria dei singoli, i quali andavano distinti nettamente in cittadini e stranieri. A sostegno della sua tesi Fedozzi faceva riferimento alla presunta *Weltpolitik* tedesca, che si era fondata sulla penetrazione economica all'interno degli Stati come la Francia, il Belgio o la Russia, e che dai primi mesi del conflitto si era manifestata in tutta la sua pericolosità.

Fedozzi contrapponeva al modello liberale l'esempio storico delle leggi dei Comuni italiani medievali. La novità del conflitto costringeva a ritornare così ad un modello giuridico del passato, esistente fino all'Unità d'Italia in alcuni Stati preunitari:

Il divieto di acquistare e possedere immobili è stato una delle più antiche e più persistenti limitazioni di diritto inflitte agli stranieri [...] [In tempi recenti] i pericoli dell'essere beni immobili in mano di stranieri non erano neppure visti [...] ma è venuta la guerra, ed essi sono subito apparsi nella loro terribile realtà. Se fosse vera anche soltanto una decima parte di quello che i giornali hanno riferito, non potrebbe apparire meno grande ed urgente il bisogno di difesa ⁽⁸⁶⁾.

Onwards: A Comparative European Perspective, in «German History», 2008, pp. 92-108; ID., S. MEYER, *Citizenship, property rights and dispossession in postwar Poland (1918 and 1945)*, in «European Review of History», 2009, pp. 575-595; ID., *Introduction. Histoire et fonctions de la propriété*, in «Revue d'histoire moderne et contemporaine», 2014, pp. 7-25.

⁽⁸⁵⁾ FEDOZZI, *Gli insegnamenti della Guerra*, cit., p. 406.

⁽⁸⁶⁾ Ivi, p. 406.

Oltre a « subordinare l'acquisto di immobili da parte di stranieri ad una autorizzazione governativa »⁽⁸⁷⁾, occorre per Fedozzi determinare con precisione la nazionalità delle aziende, discriminare le imprese straniere dando loro minori garanzie legislative e infine escludere gli stranieri dall'assunzione di incarichi dirigenziali all'interno di banche e industrie vitali per la difesa nazionale. Era un programma per stanare la « piovra tedesca » in guerra, ma ancora una volta la prospettiva del giurista genovese guardava al dopoguerra. Fedozzi era sì costretto a riconoscere che con queste misure si delineava un passo indietro rispetto alle « conquiste » del XIX secolo; tuttavia i pericoli derivanti dal possesso di consistenti patrimoni nelle mani di stranieri — compresi quelli naturalizzati — erano tali da richiedere un ripensamento della dottrina liberale.

Il rettore dell'università genovese non era l'unico ad affermare principi e idee distanti dal liberalismo ottocentesco, ma che si rifacevano a modelli medievali. Ad affrontare direttamente il nodo delle proprietà dei cittadini nemici fu Arrigo Solmi, docente di Storia del diritto italiano nell'ateneo di Pavia nonché futuro ministro della Giustizia nel 1935-39. Solmi riconosceva come fosse naturale « che il profondo turbamento determinato dalla guerra, nei rapporti economici e sociali delle nazioni belligeranti, facesse sentire un grave contraccolpo anche sulle norme del diritto interno degli Stati, non soltanto del diritto pubblico, ma altresì del diritto privato »⁽⁸⁸⁾. Il conflitto mondiale aveva dunque prodotto novità dirimpenti per gli ordinamenti e la dottrina giuridica, sovvertendo quel principio per cui « la guerra tra le nazioni civili non doveva portare offesa ai diritti privati dei singoli, né alle relazioni giuridiche dei singoli fra loro »⁽⁸⁹⁾. Cionondimeno, non occorre farsi troppe illusioni sui principi del passato. Prima del 1914, infatti, « non si disconosceva che lo stato di guerra avrebbe potuto facilmente introdurre qualche modificazione ai principi dottrinalmente fissati o appena raccomandati nelle conferenze internazionali. Nessuno negava che agli Stati spettasse l'autorità di recare modificazioni a questo principio, che talvolta rappresentava poco più che una lodevole tendenza del-

(87) Ivi, p. 408.

(88) SOLMI, *Leggi eccezionali contro il nemico*, cit., p. 410.

(89) Ivi, p. 411.

l'odierno progresso giuridico nei rapporti civili »⁽⁹⁰⁾. Di conseguenza, davanti alla novità del conflitto mondiale, anche Solmi — come Fedozzi — invitava a guardare ai comuni medievali quale modello giuridico e storico per affrontare la guerra « totale »:

Nella vita economica e giuridica delle nazioni in guerra, si ripete, in parte almeno, il fenomeno delle aspre lotte fra città e città al tempo dei Comuni italiani. Come la città, per superare l'avversario, si stringe in una economia chiusa, che regola, con provvidenze eccezionali e talora artificiali, i mezzi economici e finanziari [...]; come la città, per il fine della vittoria, si fa forte di un esclusivismo giuridico diretto a favorire i cittadini e a stremare gli stranieri o l'avversario, mediante disposizioni di ritorsione e di rappresaglia; così le nazioni moderne in lotta, slargati i confini della città in quelli più vasti dello Stato nazionale, applicano su più larga scala, e in diverse proporzioni, ma per esigenze non dissimili, tutto il bagaglio di quelle leggi eccezionali di guerra, con un fine non diverso⁽⁹¹⁾.

Dunque per Solmi la prospettiva era un *esclusivismo* giuridico che tornasse a marcare la differenza tra i cittadini e gli stranieri, divenuti ormai sinonimo di « nemici ». Il modello della città medievale appariva anche come un riferimento per le politiche autarchiche, che erano in sintonia con la dottrina del nazionalismo economico. Da studioso della storia del diritto, inoltre, Solmi suggeriva di rifarsi al modello medievale per legittimare le scelte legislative dei governi. Era chiaro l'intento di ricondurre le misure contro i cittadini nemici nell'alveo della tradizione per conferire un fondamento più solido alle gravi violazioni dei diritti patrimoniali provocate dal conflitto; nelle parole di Solmi, come anche in Fedozzi, vi era anche l'eco del dibattito intorno al diritto comune che avrebbe animato il dibattito giuridico negli anni successivi⁽⁹²⁾. Per Solmi non si trattava di una vera rottura con i principi giuridici ottocenteschi, ma di un loro adeguamento alla nuova realtà. In particolare gli interventi sul

⁽⁹⁰⁾ *Ibidem*.

⁽⁹¹⁾ Ivi, p. 412.

⁽⁹²⁾ Solmi stesso fu autore di uno studio sul diritto comunale (*Il comune nella storia del diritto*, Milano, Società editrice libraria, 1922), ma fu soprattutto Francesco Calasso con la prolusione catanese del 1933 a ravvivare un dibattito giuridico e storiografico più in generale sul rapporto tra il diritto romano e quello comunale. Al centro vi era il nodo del rapporto tra il diritto italiano post-unitario, quello romano e la tradizione legislativa meridionale. Cfr. *Storia del diritto e identità disciplinari: tradizioni e prospettive*, a cura di I. Birocchi e M. Brutti, Torino, Giappichelli, 2016.

controllo delle proprietà nemiche adottate dagli altri paesi avevano un carattere primariamente conservativo, cioè nel pieno rispetto delle modalità di intervento pubblico sulla proprietà privata come stabilito dai codici civili europei ispirati al modello napoleonico. Sequestrando la proprietà dei cittadini nemici, infatti, lo Stato si faceva tutore dei loro stessi interessi senza forzare la dottrina liberale:

Si tratta di provvedimenti eccezionali, destinati a limitare uno scambio, che potrebbe essere dannoso, prolungando oltre misura il conflitto. In altri casi, come nella nomina dei sequestratori delle ditte nemiche in territorio nazionale, si tratta di provvedimenti di *conservazione*, consigliati dal proposito di non interrompere un traffico, che può essere utile nei confini dello Stato, e soprattutto di impedire la dispersione dei patrimoni, le distruzioni e i saccheggi, che la vampata d'odio contro gli stranieri nemici, giustificato nello stato di guerra, avrebbe potuto recare, con danno grave e irreparabile della economia generale. Queste disposizioni che sembrano avere una deliberata offesa al diritto costituito e che apparentemente farebbero credere ad una rovina totale dell'edificio eretto in tempo di pace, hanno invece, come si scorge, una propria ragion d'essere giuridica e, sotto l'aspetto della eccezionalità, servono ai fini del diritto, in mezzo al turbamento della guerra ⁽⁹³⁾.

In questo modo Solmi presentava un compromesso tra la tradizione giuridica ottocentesca e le indiscutibili innovazioni causate dal conflitto, smorzando il carattere eccezionale della legislazione bellica. Lungi dall'essere estranea al diritto, questa risultava funzionale alla sua evoluzione. Appariva perciò del tutto ingiustificato il pessimismo con cui molti suoi colleghi e l'opinione pubblica parlavano di « bancarotta » del diritto internazionale o delle profonde trasformazioni degli ordinamenti interni ⁽⁹⁴⁾. Per il docente pavese non c'era quindi nulla da temere dal conflitto, poiché il diritto avrebbe saputo fare tesoro dell'insegnamento bellico, e l'esperienza dei patrimoni nemici sarebbe stata tra questi ⁽⁹⁵⁾.

Alfredo Rocco era più esplicito. Aderendo ai propositi dei suoi colleghi milanesi che chiedevano il divieto di pagamenti nei confronti dei cittadini nemici e il sequestro dei loro beni, sottolineava

⁽⁹³⁾ SOLMI, *Leggi eccezionali contro il nemico*, cit., pp. 422-423.

⁽⁹⁴⁾ L. PASSERO, *Dalle convenzioni di Ginevra alla « bancarotta » del diritto internazionale. Il rapporto tra il « nuovo » jus in bello otto-novecentesco e la catastrofe della Prima Guerra Mondiale*, in « Quaderni fiorentini », 38 (2009), pp. 1479-1504.

⁽⁹⁵⁾ SOLMI, *Leggi eccezionali contro il nemico*, cit., p. 423.

l'opportunità di colpire i nemici anche nella sfera patrimoniale privata:

Or, se, oggi, si deve proprio, per abbattere il nemico, non solo combatterne l'esercito, ma colpirlo in tutte le fonti della sua resistenza, è ben naturale che si cerchi di non fornirgli armi economiche.

Era chiaro l'orizzonte nazionalista entro cui il diritto bellico doveva muoversi:

È un punto di vista, questo, che eccede di gran lunga l'interesse dei singoli. [...] Non si debbono pagare i nemici, non perché questo conviene ai debitori italiani, ma perché questo nuoce alla nazione in guerra. Ed io, francamente, non trovo che in questo principio nuovo, derivante da uno stato di fatto nuovo, vi sia nulla che possa offendere il sentimento del più suscettibile dei giuristi! ⁽⁹⁶⁾

Nel corso del conflitto proposte simili si sarebbero reiterate. Facendo proprio l'armamentario retorico antitedesco, Giovene nel 1917 indicò nella proprietà privata — specialmente nei quei settori del capitalismo più avanzato come le società per azioni — una materia di fondamentale interesse per la sicurezza dello Stato. Inoltre il giurista napoletano, riecheggiando le polemiche contro l'art. 3 del Codice civile, trovava opportuno intervenire nella sfera privata con interventi restrittivi anche nel dopoguerra:

L'odierno conflitto mise in luce altresì che la penetrazione politica fu il più delle volte resa possibile ed attuata attraverso la sapiente creazione d'una fitta rete d'interessi economici. È stato opportunamente osservato che le colonie volanti dei commessi viaggiatori spesso non sono state che avanguardie di un esercito meno pacifico, destinato a compiere l'ideata trasformazione politica. Anche qui la Germania è stata maestra insuperata! In quella penetrazione essa riuscì principalmente mediante gl'investimenti di capitali in imprese bancarie, dirette ad assumere il controllo delle grandi industrie ed ad attribuire al personale dirigente, tedesco, un'influenza politica nel paese straniero [...]. Dunque il principio della parificazione dello straniero al cittadino pur nel solo campo del diritto privato, è una pericolosa irrisione alle vere esigenze nazionali ⁽⁹⁷⁾.

Nel corso del conflitto la necessità di intervenire in ambito patrimoniale avrebbe spinto alcuni giuristi ad elaborare proposte per « stanare » il capitale nemico tramite strumenti normativi inno-

⁽⁹⁶⁾ ROCCO, *Non diamo armi ai nemici*, cit., p. 287.

⁽⁹⁷⁾ GIOVENE, *Legislazione di Guerra*, cit., pp. 662-663.

vativi. Cesare Vivante, Docente di diritto commerciale a Roma, avanzò l'idea di rendere nominali i titoli azionari al fine di favorirne la nazionalizzazione. Anche per lui l'orizzonte del nazionalismo economico era rivolto al dopoguerra:

Il diritto che è fatto per tutelare la vita della nazione, deve accorrere in difesa della sua indipendenza economica. Se la reazione contro queste soperchierie straniere è più viva in tempo di guerra, ciò non toglie che il provvedimento imperativo non deva estendersi al tempo di pace, perché i grandi organismi industriali stranieri estendono i loro immani tentacoli appunto in tempo di pace ⁽⁹⁸⁾.

La proposta, che suscitò un aspro dibattito nel mondo giuridico-economico ⁽⁹⁹⁾, non avrebbe ovviamente avuto alcun seguito in quanto lesiva degli interessi di molti investitori italiani come di quelli stranieri « alleati », i quali non intendevano sottoporsi ad un maggiore controllo fiscale.

Assegnare la nazionalità anche alle attività economiche era invece l'idea di Giulio Cesare Buzzati, Docente di diritto internazionale di Pavia. Come era emerso nel caso delle *Assicurazioni Generali* di Trieste, per le quali dietro le pressioni di ambienti industriali e di una parte del mondo giuridico il governo italiano aveva rilasciato una speciale « patente di italianità » al fine di esentarle dalle misure restrittive sui beni austro-ungarici, Buzzati denunciò la mancanza di un decreto che stabilisse un regime di nazionalità che salvaguardasse tutte le aziende « italiane » nell'impero asburgico. D'altronde il principio era entrato nella legislazione italiana con il D.L. n. 103 del 30 gennaio 1916 che aveva previsto l'esenzione dalle persecuzioni per gli enti ottomani di nazionalità non turca. Per tale ragione Buzzati sottolineò l'importanza che la guerra aveva avuto nel far emergere un principio simile da assecondare in ogni modo:

Mediante questa semplice disposizione il fantasma della nazionalità degli enti prende corpo: la concezione ideale acquista realtà giuridica, ed entra a far parte delle nostre leggi. Per arrivare a questo era necessaria la guerra: in

⁽⁹⁸⁾ C. VIVANTE, *La difesa nazionale delle società per azioni*, in « Nuova Antologia », 1° settembre 1916, p. 645.

⁽⁹⁹⁾ Oltre ad Einaudi anche Lordi, Jannaccone, Ascoli e Navarrini espresso le loro critiche. Cfr. la risposta di C. VIVANTE, *Pel risanamento delle società anonime*, in « Nuova Antologia », 16 gennaio 1917, pp. 239-249.

tempo di pace tutti i diritti che noi (per il sentimento di nazionalità che ce ne suggeriva il dovere giuridico) concedemmo agli italiani non regnicoli [...] non erano di natura tale da farne partecipi gli enti austriaci nazionali italiani. Ma il benedetto giorno arrivò e il diritto della novissima circostanza d'accordo, come deve, con la vita, accolse e riconobbe pure quegli enti che nati e vissuti nelle terre soggette allo straniero per le quali si combatte e si muore, sono italiani di spirito e di opere ⁽¹⁰⁰⁾.

Lo sforzo dei giuristi ebbe però riflessi limitati sulla legislazione. Soltanto dopo la conferenza di Parigi (14-17 giugno 1916), l'Italia adeguò la sua normativa alla guerra economica degli alleati. Il provvedimento più importante fu il D.L. n. 961 dell'8 agosto 1916 con cui venne data facoltà ai prefetti di sottoporre a sindacato, sequestro o liquidazione le aziende appartenenti ai cittadini nemici. Si trattava di una misura innovativa sul piano legislativo, dato che l'istituto del sequestro conservativo assumeva una configurazione diversa rispetto a quella prevista nei codici grazie all'esclusione del vaglio della magistratura ⁽¹⁰¹⁾. Cionondimeno, tali misure continuarono a lasciare insoddisfatto il mondo giuridico così come il vasto universo interventista e nazionalista, che insistettero per una radicalizzazione delle misure. Non era difficile scorgere dietro questa insistenza l'interesse di quanti intendevano approfittare della situazione per appropriarsi dei patrimoni nemici. Ne erano testimonianza il profluvio di lettere anonime e segnalazioni che investirono le prefetture dopo l'estate del 1916, l'attivismo dell'*italianissima* Ansaldo e del mondo editoriale vicino ai fratelli Perrone ⁽¹⁰²⁾ nonché quello di numerose associazioni patriottiche locali. I giuristi non mancarono di dare il loro contributo.

Dopo Caporetto ciò fu ancora più evidente. Le richieste di confisca per tutti i beni dei sudditi nemici e l'estensione della persecuzione economica a tutte le nazionalità nemiche divennero il *Leitmotiv* di un impegno che non si limitò soltanto agli interventi sulle riviste ma che trovò spazio anche nel *Fascio parlamentare di*

⁽¹⁰⁰⁾ G.C. BUZZATI, *La nazionalità italiana di enti morali stranieri*, in « Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni », 1916, p. 492.

⁽¹⁰¹⁾ CAGLIOTI, *Why and How*, cit., pp. 159-166.

⁽¹⁰²⁾ F. FASCE, *Il mito dell'« italianissima Ansaldo »*, in *Storia dell'Ansaldo*. Vol. 4. *L'Ansaldo e la Grande Guerra, 1915-1918*, a cura di V. Castronovo, Roma-Bari, Laterza, 1997, pp. 217-233.

difesa nazionale, guidato dal giurista Vittorio Scialoja, e nelle associazioni locali. Così anche il governo di Orlando dovette cedere. Il nuovo decreto del 1918 estese la facoltà di sequestro a tutte le proprietà nemiche — beni immobili, conti correnti, titoli azionari, persino gli oggetti personali — e l'amministrazione locale si dedicò febbrilmente ad attuare le direttive dell'esecutivo. Alla fine del conflitto, lo Stato italiano si sarebbe trovato in possesso di una quantità notevole di beni dal valore stimato intorno al miliardo di lire. Era chiaro che la scienza giuridica non poteva ricondurre un intervento nella sfera privata tanto massiccio e pervasivo ad una semplice tutela conservativa, poiché si trattava di un'indiscutibile menomazione del diritto di proprietà degli stranieri nemici. In tal senso poco o nulla poterono gli interventi dei giuristi più sensibili alla deriva sul piano dottrinale come Segrè. Critico delle idee dei suoi colleghi, questi giudicava severamente il « cammino a ritroso » auspicato da coloro che intendevano tornare agli « ordinamenti sorpassati » delle repubbliche italiane medievali. Allo stesso modo, esprimeva tutto il suo scetticismo per la chiusura nazionalista e autarchica sottesa a quel modello ⁽¹⁰³⁾. La sua voce era tuttavia minoritaria e incapace di fronteggiare la mobilitazione patriottica del mondo giuridico e le derive sul piano legislativo. In vista della smobilitazione legislativa, il presidente della *Commissione per il dopoguerra* Scialoja rinviò il destino delle proprietà nemiche ai trattati di pace, tuttavia non mancò di accennare chiaramente alla possibilità di non ristabilire i diritti patrimoniali dei cittadini nemici al termine delle ostilità. A suo dire, garantire una parità di trattamento tra i vari paesi sarebbe stato formalmente un principio equo, ma « la diversa condizione delle cose rend[erebbe] l'applicazione pratica della clausola di sommo vantaggio per uno dei paesi e di minimo per l'altro » ⁽¹⁰⁴⁾. Era l'anticipazione della soluzione del trattato di Versailles.

⁽¹⁰³⁾ SEGRÈ, *Su alcuni provvedimenti*, cit., p. 217. Si veda anche il suo commento alla citata sentenza della Cassazione di Firenze (2 luglio 1917).

⁽¹⁰⁴⁾ V. SCIALOJA, *I problemi dello Stato italiano dopo la guerra*, Bologna, Zanichelli, 1918, p. 62. Cfr. C. LATINI, *Governare l'emergenza. Delega legislativa e pieni poteri in Italia tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2005, pp. 197-208.

3. *Conclusione.*

L'esperienza dell'ultima guerra ha dimostrato che a situazioni di fatto notevolmente cambiate devono adattarsi nuove concezioni giuridiche, anche se in questo aspro travaglio debba apparire che limiti già faticosamente posti dal diritto e dalla morale internazionale cadano infranti. [...] Il nemico non è più il solo esercito di uno Stato, che ne rappresenta, in modo plastico, la forza armata, ma ogni altra energia comunque efficiente ⁽¹⁰⁵⁾.

Così scriveva nel 1927 sulla *Rivista di diritto internazionale* Giannino Ferrari delle Spade, docente di Storia del diritto di Padova nonché membro della *Commissione giurisdizionale per i beni dei sudditi ex nemici*, che aveva avuto il compito nel dopoguerra di giudicare i ricorsi dei cittadini ex-nemici contro la confisca delle loro proprietà da parte dello Stato italiano. Si trattava di una posizione che faceva tesoro dell'esperienza della Grande Guerra e della sanzione formale conferita dai trattati di pace.

Quando ancora le ostilità non erano cessate, alcuni autori avevano riconosciuto che la guerra non sarebbe stata una parentesi per il diritto internazionale e interno degli Stati. Soprattutto le politiche intraprese contro gli *enemy aliens* avrebbero avuto un impatto molto più duraturo di quanto era possibile immaginarsi. A livello internazionale, uno dei primi a riconoscerlo fu il francese Jules Valery che paragonò la Grande Guerra ad eventi altrettanto rivoluzionari come le invasioni barbariche o la guerra dei Trent'anni per gli effetti sul diritto privato. Il maggior peso della nazionalità per gli individui o gli enti, le limitazioni agli stranieri nella libertà di movimento come in ambito patrimoniale o l'ingerenza pubblica nella sfera privata individuale erano solo alcuni di questi effetti ⁽¹⁰⁶⁾. Nel corso degli anni Venti numerosi giuristi sarebbero tornati a riflettere sugli effetti del trattamento inferto agli *enemy aliens* nel 1914-18, soprattutto in ambito patrimoniale, come James Garner, Edwin Borchard o il vice-presidente dell'*Institut de Droit Interna-*

⁽¹⁰⁵⁾ G. FERRARI DELLE SPADE, *Dell'occupazione di territorio austro-ungarico in seguito all'armistizio e sull'incamerabilità dei beni privati tedeschi nelle Provincie annesse all'Italia*, in « Rivista di Diritto Internazionale », 1927, pp. 460-461.

⁽¹⁰⁶⁾ J. VALERY, *The World War and Its Effect on Future Private International Law*, in « Harvard Law Review », 1918, p. I, pp. 980-1010 e p. II, pp. 1064-1088.

tional Charles de Boeck ⁽¹⁰⁷⁾. Per costoro la difesa dei diritti di proprietà rientrava nel più generale sforzo di assicurare agli *enemy aliens* un trattamento più « umano » come previsto dalla clausola Martens ⁽¹⁰⁸⁾, e risolvere il limbo giuridico in cui si erano venuti a trovare dopo il 1914.

In Italia nella sua celebre prolusione del 22 novembre 1918 Filippo Vassalli colse con grande acutezza la « grande rivoluzione » ⁽¹⁰⁹⁾ attuata silenziosamente dal conflitto sul diritto privato. Soprattutto la soppressione della volontà individuale nel campo patrimoniale si era tradotta nella « confisca d'ogni libertà individuale » con l'effetto di erodere « la base di quel nostro costume politico e giuridico che ormai quasi pareva identificarsi con la natura dell'uomo » ⁽¹¹⁰⁾. Anche se Vassalli non faceva menzione delle norme sui sudditi nemici, era chiaro che il suo ragionamento includeva anche l'apporto degli stravolgimenti avvenuti nel campo del diritto internazionale privato. La privazione per i cittadini nemici dei diritti individuali — compresi quelli patrimoniali — era perfettamente in linea con le tendenze manifestatesi negli altri rami del diritto.

I trattati di pace avrebbero confermato le violazioni dei diritti dei cittadini degli Stati sconfitti. Agli inizi del 1920 Alfredo Ascoli sosteneva che, accanto ad alcune misure di ristabilimento dell'ordine prebellico, i trattati di Versailles e Saint-Germain contenevano « disposizioni di tutt'altro carattere, che, ben lungi dall'affaticarsi a eliminare i dannosi effetti della guerra sui diritti dei privati, sem-

⁽¹⁰⁷⁾ J. GARNER, *International law and the World War*, New York, Longmans, Green and Co., 1920; E. BORCHARD, *Enemy Private Property*, in « American Journal of International Law », 1924, pp. 523-532; C. DE BOECK, *Le séquestre de la propriété privée en temps de guerre. Préface*, in C. BERNARD, *Le Séquestre de la propriété privée en temps de guerre. Enquête de droit international*, Paris, Giard, 1927, vol. I, pp. 5-13.

⁽¹⁰⁸⁾ La convenzione di Tokyo elaborata dalla Croce Rossa nel 1934, pur lasciando ampi margini di discrezionalità, non venne firmata da nessuno Stato e si dovette attendere quella di Ginevra del 1949 per garantire la protezione dei civili di nazionalità nemica a livello internazionale. Per un'interpretazione prudente della *Martens clause* A. CASSESE, *The Martens Clause: Half a Loaf or Simply Pie in the Sky?*, in « European Journal of International Law », 2000, pp. 187-216.

⁽¹⁰⁹⁾ F. VASSALLI, *Della legislazione di guerra e dei nuovi confini del diritto privato* (1918), in *Id.*, *Studi giuridici*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1960, p. 339.

⁽¹¹⁰⁾ *Ivi*, pp. 362-363.

brano volerli confermare ed aggravare, col sacrificio di quei diritti espressamente ordinati talvolta dai trattati stessi » (111). Proprio negli ambiti della cittadinanza e dei diritti patrimoniali si assisteva ad una persistenza degli effetti prodotti dalla legislazione contro gli *enemy aliens*. In ambito patrimoniale, ad esempio, il giurista livornese riconosceva che la prassi bellica aveva violato i principi del diritto internazionale, malgrado ciò fosse avvenuto in ragione del carattere eccezionale del conflitto. Ciò che per Ascoli era motivo di profondo « imbarazzo » (112) era che il trattato di Versailles con l'art. 297 non solo confermava « gli attentati alla proprietà privata fatti durante la guerra », ma addirittura « ne ordina[va] all'atto stesso della stipulazione di pace » (113). Il paragrafo *b*) dell'art. 297, che dava facoltà agli Stati di espropriare tutti i beni sequestrati ai cittadini tedeschi con l'obbligo di indennizzo da parte dei paesi sconfitti (114), costituiva « una vera confisca dunque, che però è subordinata alla liquidazione di una giusta indennità da pagarsi, anche questa, dalla Germania o dall'Austria direttamente ai proprii sudditi », e Ascoli non aveva dubbi a definirla come un grave « attacco alla proprietà privata », poiché stabiliva « una responsabilità solidale dello Stato e dei cittadini, nei limiti di quel tanto di diritto patrimoniale che questi abbiano la poca buona ventura di possedere nel territorio dello Stato al quale è dovuta la riparazione dei danni di guerra » (115). Queste disposizioni, così come in altre parti dei trattati, confermavano la tesi secondo cui si era realizzata « una più completa fusione, e oserei dire confusione, degli interessi del cittadino e dello Stato » (116). Coscì del mutamento radicale dell'impianto liberale e individualistico assunto dal diritto privato nel corso dell'Ottocento, diversamente da Vassalli il giurista livornese si mostrava ottimista sulla capacità di elaborare una soluzione per legittimare tali trasformazioni all'interno di una nuova stagione

(111) A. ASCOLI, *I trattati di Versailles e di S. Germain e principii del diritto civile*, in « Rivista di Diritto Civile », 1920, p. 215.

(112) Ivi, p. 218.

(113) Ivi, p. 216.

(114) Analoga disposizione era prevista dagli artt. 249 di Saint-Germain, 232 di Trianon, 177 di Neuilly e 289 di Sèvres.

(115) ASCOLI, *I trattati di Versailles e di S. Germain*, cit., pp. 217-218.

(116) Ivi, p. 220.

politica e giuridica. La sua risposta alle trasformazioni della sfera patrimoniale si intonava al nuovo clima democratico, *wilsoniano*, che era emerso dalla fine del conflitto:

Ormai tutti sono *cives optimo iure* non solo e non tanto perché il suffragio universale conquistato quasi da per tutto ha dato a ogni cittadino un briciolo di sovranità, quanto, e più, perché il largo uso di tutte le libertà, da quella di parola a quella di associazioni, colla conseguente forza delle organizzazioni, ha dato ovunque al popolo un'ingerenza diretta nella cosa pubblica.

E dunque:

È logico e giusto che a questo accresciuto potere di ogni singolo corrisponda un aumento di responsabilità e che non sia più lecito scindere la responsabilità propria da quella dell'organismo sociale di cui si fa parte, sotto il pretesto di essere stato un socio dissenziente o indifferente. La patria non vuole cittadini indifferenti e inattivi, vuole l'azione di tutti per tutti ⁽¹¹⁷⁾.

Insomma, un giurista come Ascoli che aveva partecipato attivamente alla mobilitazione per menomare i diritti patrimoniali dei cittadini nemici durante il conflitto, riusciva a superare l'« imbarazzo » delle disposizioni di Versailles grazie ad una soluzione giuridica e politica di stampo democratico in linea con le tendenze organicistiche e stataliste emerse con la Grande Guerra.

⁽¹¹⁷⁾ Ivi, pp. 221-222.

MICHELE PIFFERI

PROBLEMI COSTITUZIONALI DEL DIRITTO PENALE
TRA RIFORMISMO E ASCESA
DEL PARADIGMA AUTORITARIO
(1920-1940)

1. Il riformismo criminologico e la percezione della crisi del liberalismo penale. — 2. I compromessi tra individualismo e socialità nel diritto penale. — 3. La costituzionalizzazione del problema penale e i pericoli per lo stato di diritto. — 4. Max Grünhut e l'evoluzione del diritto penale tedesco tra il 1920 e il 1933. — 5. Verso l'interruzione del percorso riformatore. — 6. 1933: La formulazione del paradigma autoritario. — 7. Il tentativo di difendere lo stato di diritto in ambito penale. — 8. Le differenze tra sistema penale fascista e nazionalsocialista. — 9. La rivoluzione penale nazista ispirata al concetto di *Volksgemeinschaft*. — 10. Le 'lezioni' del penale autoritario.

La costruzione del diritto penale totalitario porta ad una definitiva rottura dei confini costituzionali dello stato di diritto. L'impatto di tale cesura emerge sia dal confronto tra alcuni scritti dei giuristi del nazionalsocialismo e le reazioni degli esponenti di una cultura riformatrice ancora rispettosa dei fondamenti liberali (in Germania come in Italia, Spagna o Francia), sia dalla lettura delle differenze tra il penale nazista e quello fascista offerta dalla dottrina degli anni Trenta.

Lo scontro dottrinale tra scuole penalistiche che caratterizza gli ultimi decenni dell'Ottocento e i primi del Novecento, sia in Europa sia oltreoceano, mette in discussione principi del liberalismo penale senza, tuttavia, giungere alla critica radicale del modello costituzionale entro il quale la potestà punitiva trova legittimazione e limiti. Le trasformazioni sociali e giuridiche imposte dalla Grande Guerra aggiungono ulteriori fattori di crisi per il sistema penale, accelerando un processo di estensione delle funzioni del potere giudiziario nella determinazione della pena 'giusta' del caso concreto. Negli anni Venti il riformismo criminologico sembra, per un verso, acuire le tensioni costituzionali della potestà punitiva mo-

strandando le conseguenze cui può condurre, con riferimento alla separazione dei poteri ed ai principi di legalità e certezza della pena, una coerente politica criminale orientata alla difesa sociale e basata sulla pericolosità. Le discussioni al Congresso Penitenziario Internazionale di Londra del 1925, con il confronto tra l'*indeterminate sentence system* statunitense e il doppio binario europeo ⁽¹⁾, e gli interventi negli anni successivi di Saldaña, Overbeck, Kern, Drost, Schmidt (tra gli altri) mostrano come la dottrina continentale fosse, pur con accenti diversi nei vari paesi e prima ancora dell'ascesa dei regimi fascista e nazionalsocialista, attraversata dalla comune consapevolezza dei rischi prodotti dal movimento per l'individualizzazione della pena rispetto alla tenuta delle garanzie fondamentali dello stato di diritto.

Il comune senso di un'identità penologica europea è spezzato dalla costruzione del paradigma autoritario, prima in Italia con il Codice Rocco e poi soprattutto in Germania a partire dal 1933 con il manifesto programmatico di Georg Dahm e Friedrich Schaffstein. Esso prende forza dalle insoddisfazioni nei confronti delle ambiguità ereditate dallo scontro tra scuole, per avviare una rifondazione del diritto penale coerente con la nuova concezione di stato totalitario. Proprio sul piano ordinamentale è visibile la definitiva frattura imposta dal diritto penale nazionalsocialista alle concezioni liberali, anche quelle di compromesso prodotte dal confronto tra classicismo e positivismo. Mentre, dunque, fino ai primi anni Trenta temi critici e riforme (progettate o attuate) del movimento criminologico sembrano attraversare uno spazio giuridico europeo non differenziato dai confini nazionali, l'avvento dei regimi totalitari porta ad una rottura di questa comune identità. La radicale *Rechtserneuerung* dichiarata dai giuristi del nazismo interessa profondamente anche i principi e la funzione del diritto punitivo.

1. *Il riformismo criminologico e la percezione della crisi del liberalismo penale.*

Lo scontro tra scuola classica o neo-classica e scuola positiva,

⁽¹⁾ Sul tema rinvio a M. PIFFERI, *L'individualizzazione della pena. Difesa sociale e crisi della legalità penale tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2013, p. 240 e ss.

riformista o sociologica, conduce non alla vittoria di una sull'altra ma alla graduale individuazione di opzioni teoriche di compromesso che comunque alterano il sistema penale ottocentesco, e sfociano poi in provvedimenti legislativi o in progetti di codificazione che testimoniano le profonde tensioni e le incoerenti composizioni tra opposte concezioni del reato, del reo e della pena. Sono molti i temi discussi in questa *Schulenstreit*, alcuni dei quali — come il rifiuto del libero arbitrio, la sostituzione del concetto di imputabilità con la nozione di pericolosità, la difesa sociale come scopo del diritto punitivo, la scelta di una politica criminale orientata alla prevenzione speciale, l'individualizzazione della pena, la pena a tempo indeterminato ⁽²⁾ — concernono aspetti chiave del diritto penale e delle politiche criminali ed inducono, dunque, nei giuristi di chiaro orientamento liberale, la convinzione di una 'crisi' in atto ⁽³⁾. Mentre su alcuni temi le proposte del movimento riformatore trovano ampio consenso scientifico e seguito in scelte normative (si pensi all'ambito della giustizia minorile, al miglioramento delle condizioni carcerarie, alle pene alternative alla detenzione), su altri argomenti che rischiano di modificare i tratti essenziali del sistema penale liberale si assiste ad un faticoso (e non sempre fruttuoso) percorso di riforma legislativa e ad un lungo e acceso dibattito dottrinale. Nel periodo compreso tra le due guerre, la dimensione sovranazionale dell'impatto del movimento criminologico è testimoniata sia dalle numerose riforme fondate su una comune politica criminale ancora non connotata in senso autoritario, sia dai progetti di legge o di codice che, pur non approvati, suscitano grande interesse nella cultura giuridica europea. A titolo esemplificativo, con riferimento solo agli

⁽²⁾ Per un'analisi dell'impatto e della ricezione di tali proposte nei sistemi penali liberali, in Europa e negli Stati Uniti, cfr., ad es., D. GARLAND, *Punishment and Welfare. A History of Penal Strategies*, Aldershot, Ashgate, 1985; PIFFERI, *L'individualizzazione della pena*, cit.; ID., *Reinventing Punishment. A Comparative History of Criminology and Penology in the 19th and 20th Century*, Oxford, OUP, 2016; C. FIJNAUT, *Criminology and the Criminal Justice System. A Historical and Transatlantic Introduction*, Cambridge, Intersentia, 2017.

⁽³⁾ Cfr. ad es. E. PESSINA, *Storia della crisi scientifica del diritto penale nell'ultimo trentennio del secolo XIX*. Prolusione al corso di Diritto penale nella R. Università di Napoli nel dicembre 1905, in ID., *Discorsi varii*, vol. VI, Napoli, Casa ed. Napoletana, 1915, pp. 217.

anni Venti e all'inizio del decennio successivo, si possono confrontare il Progetto Ferri del 1921, il progetto Radbruch del 1922, la legge belga di difesa sociale del 1930 e la spagnola *Ley de vagos y maleantes* del 1933.

Il Progetto Ferri, « in sintonia con un panorama europeo che andava prendendo atto della 'crisi' della funzione retributiva della pena come conseguenza delle trasformazioni sociali » (4), è fondato sullo scopo della difesa sociale e si ispira ai principi ferriani della responsabilità legale e della pericolosità del delinquente (5), alla luce dei quali sono rivisti istituti tradizionali come il tentativo e il concorso e sono introdotte misure nuove, come la segregazione a tempo indeterminato (6), la condanna condizionale, il perdono giudiziale, il risarcimento come obbligo di diritto pubblico, il riconoscimento del ruolo della vittima del reato (7) e criteri che devono guidare l'individualizzazione giudiziaria della pena (8). Il Progetto

(4) F. COLAO, "Un fatale andare". *Enrico Ferri dal socialismo all' "accordo pratico" tra fascismo e Scuola positiva*, in *I giuristi e il fascino del regime (1918-1925)*, a cura di I. Birocchi, L. Loschiavo, Roma, RomaTre-Press, 2015, specie p. 139; sul progetto Ferri cfr., oltre a 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, ed ora in *Id.*, *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, Milano, Giuffrè, 2009, I, pp. 547-590, pp. 585-587, i più recenti contributi di F.L. SIGISMONDI, *La "funzione pratica della giustizia punitiva". Le prolusioni romane di Enrico Ferri*, in « *Historia et Ius* », 2013, 4, paper 11, specie pp. 10-13; G. RUGGIERO, *L'importanza del Progetto Ferri per il "Codice Rocco"*, in « *Rivista di storia del diritto italiano* », LXXXIV (2011), pp. 287-310; S. SEMINARA, *Einführung: Der Vorentwurf eines italienischen Strafgesetzbuches von 1921 ("Progetto Ferri")*, in *Vorentwurf zu einem italienischen Strafgesetzbuch über Verbrechen von 1921 („Progetto Ferri“). Text und Kommissionsbericht*, T. Vormbaum (hrsg.), Berlin, LIT, 2014, pp. VII-XLI.

(5) Cfr. P. MARCHETTI, *La Scuola Positiva e i « nuovi orizzonti » del diritto penale tra pericolosità criminale e rischio sociale*, in « *Diritto penale XXI secolo* », 2016, 2, pp. 350-378.

(6) E. FERRI, *Relazione sul Progetto Preliminare di Codice Penale Italiano (Libro I)*, Roma, « *L'Universelle* » Imprimerie Polyglotte, 1921, p. 15.

(7) Cfr. A. MANNA, *Le sanzioni criminali nel Progetto Ferri*, in « *Diritto penale XXI secolo* », 10 (2011), pp. 279-298; M. PELISSERO, *Dal progetto Ferri al codice penale del 1930*, nella stessa rivista, pp. 307-332.

(8) Ferri individua nei parametri codificati che devono guidare il giudice nell'applicazione della sanzione, ovvero nell'individualizzazione giudiziaria (artt. 74-77

tedesco di Radbruch del 1922 è pure profondamente influenzato dalle teorie del riformismo criminologico ⁽⁹⁾: la pena di morte è abolita; nella commisurazione della pena è dato ampio spazio alla valutazione discrezionale del giudice, chiamato ad effettuare una valutazione sociale, psicologica e medica del condannato; tra i criteri utilizzabili dal giudice vi sono l'intenzione riprovevole, la volontà delittuosa dell'autore, la recidiva che, se doppia, può portare alla dichiarazione di delinquente abituale pericoloso; il criminale per convinzione punito con l'arresto invece che con il carcere duro; sono introdotte la liberazione condizionale, la custodia di sicurezza ed altre forme di internamento per fini rieducativi e di sicurezza, regolati però dal principio della fungibilità tra pene e misure di sicurezza ⁽¹⁰⁾.

La *Loi de défense sociale à l'égard des anormaux et des délinquants d'habitude*, emanata in Belgio il 9 aprile 1930 ed ispirata alle idee di Adolphe Prins, prevede per i soggetti considerati pericolosi, ovvero i dementi e coloro che sono « dans un état grave de déséquilibre mental ou de débilité mentale rendant l'inculpé incapable du contrôle de ses actions » (art. 1), le due misure della messa in osservazione nel reparto psichiatrico di una prigione e dell'internamento di durata indeterminata (pronunciata per 5, 10 o 15 anni in funzione della gravità dell'atto commesso, può però essere indefinitamente estesa). Per i recidivi e delinquenti d'abitudine è prevista la « mise à la disposition du gouvernement » (artt. 24, 28), che consiste nell'internamento in uno stabilimento designato per decisione regia

del *Progetto*), la soluzione al « problema di non lasciare al giudice un arbitrio senza confini, che sarebbe pericoloso così per i diritti dell'individuo come per quelli della società e d'altra parte di non costringere in barriere meccaniche e troppo rigide la facoltà, che il giudice deve avere, di adattare la norma legale al caso speciale, se la sua opera deve essere pratica e feconda di risultati » (*Relazione*, cit., pp. 110-11).

⁽⁹⁾ Sul progetto cfr. lo studio specifico di F. GOLTSCHÉ, *Der Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches von 1922 (Entwurf Radbruch)*, Berlin und New York, De Gruyter, 2010; T. VORMBAUM, *Storia moderna del diritto penale tedesco*, Padova, Cedam, 2013, pp. 234-240; U. NEUMANN, *Gustav Radbruchs Beitrag zur Strafrechtsreform*, in « Kritische Justiz », 37 (2004), 4, pp. 432-441.

⁽¹⁰⁾ Secondo VORMBAUM, *Storia moderna del diritto penale tedesco*, cit., p. 239, si era così « infine attuata in buona parte la 'condanna a tempo indeterminato' invocata da v. Liszt ».

e che può avere il carattere di una casa di lavoro, una colonia agricola, un'istituzione privata o pubblica di beneficenza o di assistenza, come un ospizio, un ospedale o un asilo speciale riservato a certe categorie di pensionati, a seconda dell'età, delle attitudini professionali, dello stato di salute, delle disposizioni morali del reo ⁽¹¹⁾. Questa misura, con la quale il legislatore « entendait limiter l'internement aux strictes nécessités de la défense sociale », affida al governo dei « pouvoirs discrétionnaires absolus » sull'opportunità dell'internamento e sulla durata dello stesso ⁽¹²⁾. Emanata il 4 agosto 1933, la *Ley de vagos y maleantes* è un'« autentica legge sulla pericolosità senza delitto » ⁽¹³⁾ che recepisce *in toto* la dottrina dualista propugnata dal suo artefice Luis Jiménez De Asúa. È il positivista madrileno a ideare il provvedimento, modificando l'originario progetto governativo e stabilendo diverse ipotesi di pericolosità: alcune derivanti dal delitto, nelle quali il reato, considerato un sintomo di personalità antisociale, è sanzionato con una misura penale, avendo comunque il fine di porre il soggetto in condizione di non produrre ulteriori danni, « cioè riadattarlo o innocuizzarlo »; altre, invece, nelle quali la pericolosità è sganciata dalla commissione di un delitto. Anche in questa seconda ipotesi, per « correggere l'indice di pericolosità e per prevenire i delitti futuri », occorre adottare le misure di sicurezza come strumenti di cura, di rieducazione o di neutralizzazione. Nella legge vengono, dunque, individuate categorie di soggetti pericolosi « sulla base di attività antiso-

(11) Più diffusamente sulla legge cfr. T. COLLIGNON, R. VAN DER MADE, *La Loi belge de Défense sociale à l'égard des Anormaux et des Délinquants d'habitude (Loi du 9 avril 1930). Commentaire doctrinal et jurisprudentiel*, Brussels, Larcier, 1943; Y. CARTUYVELS, G. CLIQUENNOIS, *La défense sociale pour les aliénés délinquants en Belgique: le soin comme légitimation d'un dispositif de contrôle?*, in « Champ pénal/ Penal field » (En ligne), XII (2015), mis en ligne le 03 décembre 2015, consulté le 24 juin 2018. URL: <http://journals.openedition.org/champpenal/9204>; DOI: 10.4000/champpenal.9204.

(12) COLLIGNON, VAN DER MADE, *La Loi belge de Défense sociale*, cit., p. 323.

(13) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Un saggio legislativo sulla pericolosità senza delitto (La legge spagnola sui vagabondi e malviventi del 4 agosto 1933)*, in « La Giustizia Penale », 39 (1933), I, coll. 429-446 (citaz. col. 443); sulla stessa norma cfr. anche G.A. BELLONI, *La legge "de vagos y maleantes", 4 agosto 1933, e i problemi della difesa sociale*, in « La Scuola Positiva », 1934, n.s. 14, pp. 156-161. Per un inquadramento della legge nel clima culturale e politico, cfr. S. MARTÍN, *Criminalidad política y peligrosidad social en la España contemporánea (1870-1970)*, in « Quaderni fiorentini », 38 (2009), specie pp. 919-935.

ciali e immorali », i quali presentano come denominatore comune « il regolare orrore al lavoro e la vita parassitaria a spese della fatica altrui » (14). La « legge di difesa sociale biologica » approvata in Spagna, precisa Jiménez De Asúa, « non è un attentato al liberalismo », non implica affatto l'adesione allo spirito autoritario del diritto penale che si sta affermando in Germania, ma, al contrario, « le leggi sulla pericolosità senza delitto concordano, più che non contrastino, coi sistemi liberali », poiché consentono di superare i vecchi metodi di polizia che permettevano gravi e incostituzionali violazioni delle libertà individuali, giurisdizionalizzando entro un regolare procedimento l'applicazione delle misure preventive di sicurezza (15).

2. *I compromessi tra individualismo e socialità nel diritto penale.*

Questi quattro esempi dimostrano quanto le nuove teorie sulla pericolosità, le tipologie di delinquenti e le misure di sicurezza siano divenute patrimonio comune della criminalistica continentale ed abbiano aperto una breccia nel rigido formalismo del penale liberale ottocentesco. L'individualismo garantista, l'imputabilità, la certezza, la legalità e l'uguaglianza della pena, i definiti confini della giurisdizione penale sono stati modificati e reinterpretati: certo non del tutto superati o abbandonati, vista la mancata approvazione delle riforme più radicali come nei casi di Ferri e Radbruch, ma sicuramente rivisti in funzione di compromessi teorici e aperture legislative nei confronti di strategie di politica criminale orientate alla difesa sociale. Occorre però sottolineare come complessivamente le quattro riforme menzionate non compromettano del tutto le coordinate ordinamentali del diritto penale liberale, a conferma della tesi secondo la quale il riformismo criminologico, pur nelle sue diverse anime, modifica ma non stravolge il liberalismo penale. Nonostante la spinta verso una socializzazione del diritto punitivo, ovvero

(14) JIMÉNEZ DE ASÚA, *Un saggio legislativo*, cit., col. 431.

(15) Ivi, col. 446; aveva sostenuto la stessa posizione anche in ID., *Códigos del porvenir. Quinta conferencia*, in ID., *El nuevo código penal argentino y los recientes proyectos complementarios ante las modernas direcciones del derecho penal*, Madrid, Editorial Reus, 1928, specie pp. 169-172.

un'inversione di priorità tra tutela dei diritti individuali (anche dell'imputato/condannato) e tutela della società (dai criminali), a livello normativo e codicistico il paradigma liberale non è inficiato, ma anzi conservato. Almeno formalmente, i codici penali conservano il principio di legalità, la punibilità presuppone l'imputabilità e la commissione di un fatto di reato (salvo il caso della *Ley de vagos y maleantes*), la pericolosità sociale rileva in casi e modi limitati, l'irrogazione di pene e di misure di sicurezza resta una prerogativa della giurisdizione ⁽¹⁶⁾.

Oltre che dalle teorie moderniste, un duro colpo al modello del penale liberale è sferrato anche dall'emergenza bellica e dalla legislazione eccezionale di guerra. « L'uragano delle odierne necessità statali », riconosce Alfredo De Marsico nel 1918, ha modificato profondamente l'assetto delle fonti del diritto anche in ambito criminale, con poteri legislativi attribuiti al governo e con un'estensione del ruolo creativo della giurisprudenza *praeter e contra legem*: « sotto la spinta della necessità e per tramite della giurisprudenza, nel diritto penale, tradizionalmente sacro alla precisione delle norme legislative, si viene formando, accanto e contro la legge, un sistema d'interpretazioni che, col decorso del tempo e con l'accentuarsi dell'uniformità, divengono — a me sembra — insieme di norme *consuetudinarie* » ⁽¹⁷⁾. In un'inattesa sinergia tra le richieste del riformismo criminologico e le necessità provocate dal conflitto, la Grande Guerra ha, dunque, contribuito a ridurre l'eccessivo individualismo a favore della funzione sociale del diritto, ha costretto il formalismo astratto ad un confronto con la fattualità del diritto, ha obbligato la scienza giuridica a riconoscere che « la vita della società è combustione, incandescenza, fluidità perenne » mentre « la legge gelida cristallizzazione » ⁽¹⁸⁾. Certamente tale scontro tra difesa

⁽¹⁶⁾ Su questo aspetto cfr., con riferimento al dibattito italiano, M.N. MILETTI, *La pena nel processo. Giurisdizionalizzazione dell'esecuzione nella penalistica dell'Italia liberale*, in « Diritto Penale Contemporaneo », 2017, 4, pp. 28-41.

⁽¹⁷⁾ A. DE MARSICO, *La giurisprudenza di guerra e l'elemento sociale nel diritto*, Prolusione tenuta nella R. Università di Roma il 21 gennaio 1918, in Id., *Studi di diritto penale*, Napoli, Alberto Morano, 1930, pp. 16, 21.

⁽¹⁸⁾ Ivi, p. 18. Un'analisi simile degli effetti della guerra sul diritto penale in Germania, anche in chiave criminologica, è offerta da M. LIEPMANN, *Krieg und Kriminalität in Deutschland*, Stuttgart (u.a.), Deutsche Verlags-Anstalt (u.a.), 1930.

dell'assetto giuridico esistente, percepito ormai come una gabbia dogmatica incapace di rispondere alla fluidità dei bisogni sociali, ed apertura al cambiamento produce ripensamenti delle regole tradizionali, causa compromessi dottrinali e costringe la scienza penale a confrontarsi con le trasformazioni sociali in atto nel XX secolo e nel primo dopoguerra. A partire dagli anni Venti, e sempre più sul finire del decennio, quando l'avvento del fascismo e la crisi della Repubblica di Weimar fanno presagire trasformazioni radicali nell'assetto politico, parte della criminalistica avverte la gravità del passaggio da uno scontro tra scuole che si muovono però entro coordinate condivise ad un rivolgimento costituzionale del diritto penale oltre lo stato di diritto.

3. *La costituzionalizzazione del problema penale e i pericoli per lo stato di diritto.*

Quintiliano Saldaña, nella conferenza tenuta ad Amburgo nel 1922 sulle moderne concezioni del diritto penale in Spagna, considera il diritto penale un riflesso diretto delle scelte politiche e lo identifica con la politica penale, limitata, però, da norme giuridiche⁽¹⁹⁾. Le proposte dei riformatori si erano mantenute entro tale limite, che rappresenta il carattere essenziale dello stato di diritto, pur portandolo ad un estremo punto di tensione: dopo mezzo secolo di confronto dottrinale a livello internazionale la scienza giuridica riconosce come una nuova concezione del bilanciamento tra autorità pubblica e diritti individuali, tra interessi della società e garanzie personali abbia portato ad una trasformazione del quadro politico-costituzionale della giustizia criminale. L'indebolimento della legalità della pena, l'estensione di margini valutativi e decisorii di organi giurisdizionali e amministrativi, le novità processuali per ammettere e regolamentare la prova del carattere dell'imputato, la riconfigurazione dell'allocazione di poteri nella fase esecutiva della sanzione sono l'effetto del riformismo criminologico che riconfigura gli equilibri dello stato di diritto *re criminalibus*, senza, tuttavia, arrivare a

(19) Q. SALDAÑA, *Modernas concepciones penales en España: Teoría pragmática del derecho penal*, 2a ed. aumentada con notas y epílogo del autor y un prólogo de Moritz Liepmann, Madrid, Calpe, 1923, p. 67.

liquidarlo o ad attaccarlo come quadro ordinamentale di riferimento.

Il sistema che combina pene (stabilite *ex lege* con minimi aggiustamenti del giudice) e misure di sicurezza (di durata indefinita) rappresenta il compromesso teorico che permette alla criminalistica europea di aprirsi al controllo della pericolosità senza, tuttavia, minare il fondamento retributivo dell'imputabilità e le regole liberali di certezza ed eguaglianza del castigo penale. Ancora Saldaña, tuttavia, chiarisce come il doppio binario debba essere interpretato alla luce del modello costituzionale in cui opera: se il regime liberale-repressivo viene conservato, le misure di sicurezza, che nella sostanza sono pene mascherate, possono essere giustificate; se, invece, si imponesse un regime antidemocratico, allora si aprirà davvero il regno delle misure di sicurezza e sarà chiaro come la filosofia penale non sia altro che un capitolo della filosofia politica. I riformisti più radicali, continua criticamente il giurista spagnolo, chiedono ovunque con insistenza la sostituzione delle pene con le misure di sicurezza, ma « they are perhaps ignorant of the legal bearing of their scientific request, the political consequence of their penal doctrines »: non sembrano capire che nella loro denuncia contro i fallimenti repressivi stanno portando un attacco al cuore 'sacro' del sistema. Affermano di preferire la prevenzione, ma « how is it possible therefore to obtain the prevention of an offence, without touching the individual rights? » (20).

Sul finire degli anni Venti è crescente la consapevolezza che le richieste del riformismo criminologico siano giunte ad un punto di cesura con il regime liberale: non si tratta più solamente di rendere flessibile la pena per adattarla alla personalità del reo o di riconoscere la funzione (anche) rieducativa e difensiva della sanzione, ma è la stessa filosofia penale che legittima e giustifica la punizione ad essere modificata. Lo testimonia la prolusione sui *limiti* dell'individualizzazione con cui nel 1927 Alfred Overbeck inaugura a Friburgo l'anno accademico. Mentre la *strafrechtliche Individualisierung* si muove entro la cornice del modello liberale tradizionale, anche se reso più duttile dalla valutazione di una serie di fattori che tengono

(20) Q. SALDAÑA, *Punishment and Measure of Security (A Sequel to the Congress of Brussels)*, in « Revue internationale de Droit pénal », 4 (1927), p. 42.

conto delle specificità del caso concreto, la *kriminalpolitische Individualisierung* rinvia alla teoria positivista di un diritto penale preventivo, del delinquente e non del delitto, orientato dal criterio della pericolosità e finalizzato alla difesa della società. Entro questo nuovo paradigma, in virtù del quale l'interesse sociale deve prevalere su quello individuale, l'individualizzazione politico-criminale rischia di condurre ad un'estensione eccessiva della discrezionalità del giudice. Per impedire che la radicale contrapposizione, sia dogmatica sia politica, cui si è giunti tra la classica concezione retributiva del delitto e la moderna visione preventiva porti ad un definitivo superamento del liberalismo penale, Overbeck propone un compromesso in cui il vitale progresso del diritto penale non faccia venir meno la fedeltà alla tradizione.

Nello stesso anno un altro professore di Friburgo, Eduard Kern, riflette sui rischi del moderno concetto di specialprevenzione per le garanzie individuali: mentre la pena, classicamente intesa come reazione pubblica contro colpevoli violazioni della legge finalizzata alla conservazione dell'ordine giuridico e dell'autorità dello stato, ha un fine eminentemente retributivo, la prevenzione speciale è realizzata dalle misure di sicurezza applicate accanto alla (o al posto della) pena ⁽²¹⁾. Il problema più discusso e più delicato nel regime del doppio binario è, secondo Kern, quello dell'organo competente a pronunciare le misure di sicurezza: la scelta tra giudice penale e autorità amministrativa incide in modo rilevante sulla fondamentale e irrinunciabile eredità liberale della separazione dei poteri ⁽²²⁾. L'introduzione del doppio binario proposta dal progetto del 1925 di riforma del codice penale tedesco presenta, dunque, il vantaggio di far mantenere alla pena la sua tipica funzione retributiva ed i suoi caratteri di certezza e proporzionalità alla gravità del fatto e alla colpa, rinviando alle misure ogni considerazione sulla pericolosità del soggetto ed evitando che il giudice utilizzi la pena per scopi di sicurezza che le sono estranei. Occorre, tuttavia, difendere la giurisdizionalizzazione delle misure stesse ⁽²³⁾: la miglio-

⁽²¹⁾ E. KERN, *Der Strafrichter im Dienst der Spezialprävention*, in Id., *Zur Strafrechtsreform. Drei Vorträge*, Mannheim-Berlin-Leipzig, J. Bensheimer, 1927, p. 46.

⁽²²⁾ Ivi, p. 47.

⁽²³⁾ Ivi, p. 61.

tutela per i diritti dell'individuo consiste *in primis* nella precisa limitazione legislativa dei presupposti del provvedimento e, soprattutto, nell'affidare esclusivamente al giudice, organo indipendente e subordinato solo alla legge, la valutazione sull'opportunità e la durata della misura ⁽²⁴⁾.

Con analoga preoccupazione per l'assetto costituzionale della giustizia penale, Heinrich Drost scrive nel 1930 che il principio della *Individualprävention* tende a spostare il centro di gravità dalla legge verso il giudice e i funzionari esecutivi, con un allargamento della discrezionalità senza precedenti nelle esperienze post-illuministiche. Occorre pertanto porre dei limiti al processo di individualizzazione, poiché la rinuncia a fattispecie generali in considerazione della diversità e particolarità di ogni fatto, e l'abbandono dell'uniformità penale in nome della personalizzazione del trattamento, producono « *der Verzicht auf generelle Normen überhaupt, wäre die Auflösung des Rechtsgedankens, wäre Anarchie* » ⁽²⁵⁾. Le trasformazioni sociali che hanno portato al superamento del *Gesetzesstaates* di stampo illuministico, si traducono in un utilizzo crescente di concetti giuridici fluidi ed in una violazione sempre più marcata del *Legalitätsprinzip*, con il diffondersi di leggi la cui applicazione implica un margine di valutazione discrezionale rispetto alle norme imperative vincolanti per l'attività burocratico-amministrativa e con la pretesa da parte della giurisprudenza di creare diritto surrogando il legislatore. Tale movimento ha portato, secondo Drost, ad una cancellazione « *der Grenzen zwischen Rechtssetzung und Rechtsanwendung* » e vuole annullare anche quelli « *zwischen Justiz und Verwaltung* ». L'applicazione giudiziale di misure individualizzate in base ad una diagnosi crimino-psicologica della pericolosità e ad una prognosi rieducativa conduce a sostituire l'amministrazione della giustizia con una *materiell Verwaltung*: la separazione dei poteri svanisce, « *der Rechtsstaat ist auf dem Wege, sich in einem sozialen Verwaltungsstaat umzuwandeln* ». Nella ricerca di un nuovo bilanciamento tra libertà e legame sociale, tra *Individualität* e *Gemeinschaft*, i confini dello stato di diritto e della separazione dei poteri

⁽²⁴⁾ Ivi, p. 55.

⁽²⁵⁾ H. DROST, *Das Problem einer Individualisierung des Strafrechts*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1930, p. 21.

non possono, tuttavia, essere superati per lasciare spazio a un generale diritto penale della prevenzione fondato su principi « missverständlich, staatspolitisch gefährlich und kriminalpolitisch unrichtig »⁽²⁶⁾.

Nel 1931 anche il lisztiano Eberhard Schmidt riflette sui rischi di un abbandono dei tradizionali valori costituzionali nel diritto penale e sull'alternativa tra evoluzione o rivoluzione nello sviluppo del diritto penale tedesco⁽²⁷⁾, alla luce dell'avvento del fascismo in Italia e della codificazione del 1930⁽²⁸⁾, dell'emanazione del codice penale della Repubblica Socialista Federativa Sovietica Russa entrato in vigore il 1° gennaio 1927⁽²⁹⁾ e dell'ascesa del partito nazionalsocialista in Germania. Pur riconoscendo la validità dell'impegno del movimento riformista nel sostituire il diritto penale individualistico di fine Settecento con quello individualizzante, Schmidt, in linea con Radbruch, rimarca come la scuola sociologica non proponga però una rottura radicale con i principi dell'illuminismo penale e del liberalismo. Il diritto penale di riforma sociale resta ancorato alla tradizionale « rechtsstaatliche Funktion », e si accom-

(26) H. DROST, *Das Ermessen des Strafrichters: zugleich ein Beitrag zu dem allgemeinen Problem Gesetz und Richteramt*, Berlin, Heymann, 1930 p. 212.

(27) E. SCHMIDT, *Strafrechtsreform und Kulturkrise*, Tübingen, Mohr, 1931, pp. 15, 20.

(28) Schmidt (ivi, pp. 18-19) sottolinea la distanza del codice Rocco dagli orientamenti della riforma penale tedesca: per una dittatura che vuole esaltare la potenza irresistibile dello stato, le idee di risocializzazione e comprensione benevola del fatto di reato sono inaccettabili. Il criminale è in primo luogo il nemico del regime statale, contro il quale gli obiettivi più importanti sono l'intimidazione e la neutralizzazione; la forza e la sicurezza dello stato trionfano sull'idea di assistenza sociale cui mira il riformismo penale della scuola sociologica.

(29) Ivi, pp. 16-17. Per un quadro delle caratteristiche di questo codice prodotto della rivoluzione sovietica, che consente l'analogia, accoglie il principio di responsabilità legale proposto dai positivisti, e commina misure di difesa sociale a chiunque abbia commesso un'azione socialmente pericolosa, ovvero, ex articolo 1, « diretta contro lo Stato Sovietico o contro l'ordine pubblico stabilito dal Governo degli Operai e dei Contadini come passaggio per l'attuazione dello Stato comunista », cfr. M. COSSUTTA, *Fra giustizia ed arbitrio. Il principio di legalità nell'esperienza giuridica sovietica*, in « Quaderni fiorentini », 36 (2007), specie pp. 1127-1133 e bibliografia ivi citata; H. DONNEDIEU DE VABRES, *La politique criminelle des états autoritaires*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1938, pp. 142-197.

pagna ad una modifica in senso liberale del processo penale ⁽³⁰⁾. Certo con lo sviluppo dello stato sociale sono cambiati i rapporti tra cittadino e stato, diversa è l'idea di libertà individuale, diverse la presenza e la funzione dei pubblici apparati nella vita dei privati, diversi i limiti di efficacia dello stato di diritto, e questa maggiore attenzione alla dimensione sociale del singolo non può non avere ricadute nel penale sulle idee di risocializzazione e prevenzione speciale. Tale differente approccio, tuttavia, non significa rinnegare l'idea di libertà individuale né i capisaldi dello stato di diritto. Schmidt, preoccupato per il fallimento dei progetti di riforma e per l'indebolimento della cultura giuridica che li aveva animati, vede dunque il pericolo che al progresso del sistema penale in fedeltà ai valori costituzionali si preferisca una rottura con il passato: teme che 'la slavina' del nuovo orientamento dottrinale che accusa l'eccessiva mitezza della giustizia penale e invoca maggiore sicurezza contro i delinquenti professionali e recidivi, seppellisca definitivamente la via 'moderata' del riformismo ⁽³¹⁾.

4. *Max Grünhut e l'evoluzione del diritto penale tedesco tra il 1920 e il 1933.*

Max Grünhut, ordinario di diritto penale all'Università di Jena nel 1925 e poi di Bonn nel 1928, allievo del lisztiano Moritz Liepmann, membro dell'Unione Internazionale di Diritto Penale e particolarmente sensibile ai temi del riformismo criminologico, spogliato del proprio ruolo accademico dalla legge del 1° ottobre 1933 in quanto non ariano e approdato poi all'All Souls College di Oxford nel 1939 ⁽³²⁾, nel 1944 traccia con sguardo retrospettivo un lucido disegno degli sviluppi del sistema penale tedesco tra la fine della prima guerra mondiale e l'ascesa al potere del partito nazio-

⁽³⁰⁾ SCHMIDT, *Strafrechtsreform*, cit., p. 15.

⁽³¹⁾ Ivi, p. 23. Sono le posizioni presentate all'IKV del 1930, consultabili in *Mitteilungen der IKV*, Neue Folge, 4. Band, 1930, p. 111 e ss.

⁽³²⁾ Sulla biografia sua e di Mannheim e sul loro ruolo nello sviluppo della criminologia nel Regno Unito, cfr. R. HOOD, *Hermann Mannheim (1889-1974) and Max Grünhut (1893-1964)*, in *Jurists Uprooted. German Speaking Émigré Lawyers in Twentieth Century Britain*, J. Beatson, R. Zimmermann (eds.), Oxford, Oxford University Press, 2004, pp. 709-738.

nalsocialista ⁽³³⁾. Nella riflessione di Grünhut il problema costituzionale della riforma penale è centrale. Egli sottolinea, in principio, come la scuola sociologica di Liszt non abbia mai raccomandato l'abbandono delle ordinarie garanzie giuridiche e la sostituzione del diritto penale con misure amministrative di pubblica sicurezza dal carattere non sempre definito, ma abbia, anzi, sempre sostenuto che le misure penali, tanto repressive quanto preventive, debbano essere governate da tre saldi principi costituzionali: il *nulla poena sine lege*, il principio per cui nessuno può essere punito solo perché è considerato socialmente pericoloso ma senza aver commesso un reato, il principio di legalità e tassatività delle fattispecie ⁽³⁴⁾. Nel primo dopoguerra, per reagire all'aumento della criminalità indotta dagli sconvolgimenti sociali e dalla crisi economica, il diritto penale si apre agli studi sulle cause socio-economiche del crimine uscendo dal suo isolamento culturale e, mentre si lavora ad una complessiva opera di riforma dei codici, vengono, per un verso, introdotte puntuali misure legislative per correggere alcuni specifici ambiti della giustizia penale ⁽³⁵⁾, e, per altro verso, si assiste ad un incremento della discrezionalità dei giudici e ad una supplenza giurisprudenziale nell'adeguamento del diritto penale alle mutate concezioni della pena e del reato. Entrambe le tendenze, che portano ad una mitigazione del diritto penale solo in parte controbilanciata dalla crescente severità di leggi emergenziali, introducono riforme che sono però ancora compatibili con la tradizionale dottrina retributiva, solo resa più flessibile: proposte più radicali come l'introduzione della condanna condizionale o, ancor più, dell'*indeterminate sen-*

⁽³³⁾ M. GRÜNHUT, *The development of the German Penal System 1920-1932*, in « The Canadian Bar Review », 22 (1944), pp. 198-252.

⁽³⁴⁾ Ivi, pp. 205-206.

⁽³⁵⁾ Tra queste misure sono da annoverare, ad es., l'abolizione delle pene detentive brevi, la sospensione della pena, l'introduzione di misure alternative alla detenzione (pene pecuniarie), e poi, soprattutto, i provvedimenti sulla giustizia minorile orientati alla rieducazione (*Reichsgesetz für Jugendwohlfahrt* del 9 luglio 1922 — in vigore dal 1924 — e *Jugendgerichtsgesetz* del 16 febbraio 1923) e l'approvazione dei principi per la riforma del sistema penitenziario (*Grundsätze für den Vollzug von Freiheitsstrafen* del 7 giugno 1923) ispirati alla riabilitazione e responsabilizzazione del detenuto, al lavoro e al sistema progressivo, diversamente attuati poi da provvedimenti dei singoli stati del Reich.

tence adottata negli Stati Uniti, non trovano accoglimento perché « struck at the root of the whole penal system and required a decision in matters of principle »⁽³⁶⁾.

Grünhut, che pure non risparmia una garbata critica al sistema penitenziario progressivo che ha giustificato « every kind of relaxation of the prison discipline, even without a corresponding increase in the prisoner's personal responsibility and self-control »⁽³⁷⁾, considera i progetti di riforma dei codici che si sono susseguiti tra il 1913 e il 1930, fino al definitivo stallo provocato dal rifiuto dei partiti della destra di continuare a cooperare in ambito legislativo e dai ripetuti scioglimenti del Parlamento nel 1932, come certamente influenzati dalle idee criminologiche, temperati, tuttavia, dai compromessi politici. La questione cruciale che caratterizza tale fase riformista, compresa tra il 1920 e l'avvento del Terzo Reich nel 1933, è individuata da Grünhut nell'equilibrio costituzionale tra potere legislativo, giudiziario, amministrativo: ricorrendo a concetti flessibili e formule generiche, le corti hanno spesso anticipato scelte ed interpretazioni, ad esempio in tema di imputabilità, riprese poi da successive leggi. Tra i sostenitori e gli avversari delle riforme, « the legal position of the judge in relation to statutory provisions became the crucial issue », e sebbene in vigenza del vecchio codice « the courts inclined more and more towards a wide interpretation of the statute », Grünhut precisa come la regola *nulla poena sine lege* sia rimasta, anche nei progetti di codice, « the ultimate limit »⁽³⁸⁾. In linea con l'indirizzo europeo e nordamericano, il giurista tedesco riconosce come i cambiamenti del diritto e della procedura penale in Germania, spesso sospinti da una giurisprudenza maggiormente capace di leggere le necessità sociali rispetto all'inerzia del legislatore, siano orientati alla nuova tendenza sociale come reazione al formalismo individualista del liberalismo classico. Tanto l'accettazione delle idee lisztiane sulla prevenzione penale e la protezione della società attraverso la differenziazione del trattamento dei rei, che hanno condotto ad un'estensione sia della funzione valutativa

⁽³⁶⁾ GRÜNHUT, *The development of the German Penal System 1920-1932*, cit., p. 222.

⁽³⁷⁾ *Ibidem*.

⁽³⁸⁾ *Ivi*, p. 234.

dei magistrati sia della discrezionalità amministrativa, quanto le misure emergenziali hanno rafforzato le pretese della comunità a spesa dei diritti individuali.

Merito della criminalistica tradizionale è stato, tuttavia, quello di aver saputo riconciliare queste nuove tendenze con il rispetto delle fondamentali garanzie costituzionali dello stato di diritto, in particolare la legalità della pena e la colpevolezza determinata solo da leggi in vigore. La distinzione concettuale e pratica tra pene e misure di sicurezza, che riserva solo a queste ultime un regime di ridotte garanzie rispetto alle prime, la riflessione sulla necessità di estendere le tutele per il reo anche alla fase esecutiva sottoponendola al controllo giudiziale, il rifiuto delle teorie deterministe e la difesa dell'indispensabile presupposto della responsabilità penale, e, infine, il fatto che la giustizia penale sia amministrata quasi esclusivamente da giudici hanno garantito il fondamentale rispetto del *rule of law*, nonostante il crescente ruolo di tribunali amministrativi indipendenti. Il diritto penale tedesco del primo dopoguerra, conclude Grünhut, può essere descritto come la ricerca di un nuovo equilibrio tra le due opposte spinte del cambiamento sociale e della tradizione giuridico-costituzionale. « New social requirements had to be cast into legal form »⁽³⁹⁾: lo sviluppo del sistema penale in Germania tra il 1920 e il 1933 rappresenta « a valuable legislative precedent of how to reconcile the satisfaction of new social needs with the respect for constitutional forms »⁽⁴⁰⁾. È la tensione fondamentale sollevata dalle correnti riformiste criminologiche, con la quale si devono confrontare tutti gli stati e non solo la Germania, perché se, da un lato, il moderno diritto penale non può rinunciare a « new measures of protection and prevention », d'altro lato « it must always preserve its strictly legal character »⁽⁴¹⁾.

5. *Verso l'interruzione del percorso riformatore.*

Nessun cenno, nel testo di Grünhut, né alle trasformazioni di politica criminale né agli interventi legislativi realizzati dal nazismo:

⁽³⁹⁾ Ivi, p. 251.

⁽⁴⁰⁾ Ivi, p. 252.

⁽⁴¹⁾ Ivi, pp. 251-252.

volutamente la sua analisi si ferma alle soglie della presa del potere da parte di Hitler, considerando questo avvenimento una netta cesura con lo sviluppo, lento ma progressivo, del percorso riformatore. Come spiegano Radzinowicz e Turner nella nota introduttiva all'articolo, il nazismo ha assunto tra i suoi principali obiettivi di politica interna « the destruction of the system of criminal justice which had so far developed », e pertanto, non appena la guerra sarà vinta, si dovrà avviare l'opposto processo di « liquidation of the Nazi system of criminal justice » (42). Terminata la parentesi totalitaria, del tutto eccezionale rispetto alla traiettoria del moderato e graduale riformismo criminologico degli anni 1920-1932 descritto da Grünhut, « the work of penal reconstruction », in Germania come negli altri paesi comunque toccati dalla folle violenza nazista e dall'emergenza bellica, potrà e dovrà ripartire da quel percorso interrotto (43). Ricostruirne le vicende storiche, comprenderne lo spirito, le tensioni interne, i compromessi raggiunti e i risultati acquisiti serve, dunque, per riavviare il discorso riformatore che il nazismo aveva non solo non proseguito, ma anzi bruscamente troncato con una netta inversione repressiva e regressiva (44). La lettura di Grünhut e Radzinowicz, così come poi sarà quella di Jiménez De Asúa (45), Mannheim (46) e altri protagonisti del rifor-

(42) L. RADZINOWICZ, J.W.C. TURNER, *English Studies in Criminal Science. The Development of the German Penal System 1920-1932. Introductory Note*, in « The Canadian Bar Review », 22 (1944), p. 196.

(43) *Ibidem*.

(44) Nel denso volume *Penal Reform. A Comparative Study* (Oxford, Clarendon Press, 1948) pubblicato nel 1948, ma ultimato nel novembre 1946 come si legge nella *Preface*, Max Grünhut esamina i risultati conseguiti e gli errori commessi dal riformismo criminologico e penitenziario in Europa e negli Stati Uniti, tracciandone le possibili linee di sviluppo futuro: non una parola è dedicata al fascismo in Italia e al nazismo in Germania, al delicatissimo e discusso tema del rapporto (di continuità, sfruttamento, o rottura) tra questi regimi e il riformismo criminologico.

(45) Cfr. in particolare L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *El derecho penal totalitario en Alemania y el derecho voluntarista*, in « El Criminalista », 7 (1947), pp. 63-186, nel quale è sottolineata (p. 113) la distanza tra l'attenzione alla personalità del reo proposta dal riformismo criminologico e l'esaltazione, invece, della volontà criminale del reo (rivelata dai suoi comportamenti esterni e dai fatti) che caratterizza il diritto penale nazista.

(46) Ad es. in H. MANNHEIM, *Criminal Justice and Social Reconstruction*, London, Kegan Paul *et al.*, 1946.

mismo pre-totalitario che cercheranno nel secondo dopoguerra di riprendere le fila del discorso criminologico interrotto dalle dittature (specie quella nazista) e dal conflitto bellico, considera il diritto penale dei regimi autoritari una parentesi che nulla ha a da spartire con il movimento riformatore precedente ⁽⁴⁷⁾ e che deve, anzi, una volta terminata questa fase terribile di cui neppure vale la pena parlare, riprendere il suo corso e la sua funzione di civilizzazione del sistema criminale e punitivo.

Nel 1933, alle soglie della salita al potere di Hitler, Franz Exner analizza gli sviluppi e le prospettive del diritto penale in Germania ed osserva un progressivo abbandono del sistema penale individualistico, una trasformazione della « liberal criminal practice

⁽⁴⁷⁾ Solo la legge del 24 novembre 1933 contro i delinquenti abituali pericolosi (*Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung*) è considerata non una scelta propria del nazismo, ma il risultato di un lungo percorso riformatore che ha coinvolto la dottrina tedesca entro il dibattito internazionale sulla costruzione del doppio binario come alternativa europea alla pena indeterminata statunitense; in questo senso cfr. GRÜNHUT, *Penal Reform*, cit., pp. 386-403; ID., *La custodia di sicurezza nel diritto penale germanico*, in « Rivista di diritto penitenziario » [Studi in onore della Rivista per l'inizio del suo secondo lustro di vita], VI (1935), 1, pp. 216-235; H. MANNHEIM, *The German Prevention of Crime Act, 1933*, in « Journal of the American Institute of Criminal Law and Criminology », 26 (1935), 4, pp. 517-37; R. VON HIPPEL, *La legge sui delinquenti abituali del 24 novembre 1933*, in « Rivista di diritto penitenziario », VI (1935), 2, pp. 245-250, il quale (p. 246) fa riferimento al fatto che con la custodia di sicurezza per il delinquente abituale pericoloso « è stata accolta una pressante antica richiesta di riforma e, speriamo, è stata anche respinta l'errata aspirazione ad una pena indeterminata in luogo della custodia di sicurezza ». La custodia di sicurezza, che poteva essere retroattivamente applicata anche a imputati i cui procedimenti penali era ancora in corso o a criminali già detenuti per crimini commessi prima dell'emanazione della legge, fu ampiamente utilizzata da parte del regime nazista, specie nei primi due anni di funzionamento dell'istituto e poi nel 1938, cfr. I. BAUMANN, *Dem Verbrechen auf der Spur. Eine Geschichte der Kriminologie und Kriminalpolitik in Deutschland*, Göttingen, Wallstein, 2006, pp. 84-88; A. DESSECKER, *Gefährlichkeit und Verhältnismäßigkeit. Eine Untersuchung zum Maßregelrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 2004, p. 97; ID., *Dangerousness, Long Prison Terms, and Preventive Measures in Germany*, in « Champ pénal/ Penal field » (en ligne), VI (2009), mis en ligne le 24 octobre 2009, consulté le 03 juin 2018. URL: <http://journals.openedition.org/champpenal/7508>; DOI: 10.4000/champpenal.7508, p. 8; N. WACHSMANN, *From Indefinite Confinement to Extermination. "Habitual Criminals" in the Third Reich*, in *Social outsiders in Nazi Germany*, R. Gellately, N. Stoltzfus (eds.), Princeton, Princeton University Press, 2001, pp. 165-191.

into a social one » (48). Tale tendenza può essere intesa in senso positivo, se si enfatizza l'idea del trattamento educativo dei delinquenti correggibili e della protezione della società contro gli incorreggibili. L'abbandono del modello liberale, tuttavia, comporta anche la ricaduta negativa della « partial abolition of many a guarantee of individual freedom, which formerly was considered as indispensable », visibile soprattutto, per un verso, nella « *extension of judicial determination* » in forza della quale un individuo, più di quanto non succedesse prima, è esposto ad un giudizio e pertanto all'eventuale arbitrio di organi dello stato e, per altro verso, nell'allargamento di poteri amministrativi (49). Il distacco dal paradigma dello stato di diritto liberale è evidente soprattutto nella procedura penale, con l'abbandono della giuria, le limitazioni di diritti processuali, la restrizione della pubblicità del processo, la riduzione della possibilità di appello, le limitazioni del potere del giudice di utilizzare gli argomenti della difesa, e il potere più dilatato riconosciuto alla pubblica accusa. Exner conclude profeticamente che « if the time does not deceive us, the convictions, which dominate a large part of the German youth, will strengthen this development of the German practice of criminal law toward a direction opposite to individualism » (50). In effetti, proprio in quello stesso anno, saranno i giovani penalisti della scuola di Kiel (51) a teorizzare il definitivo superamento del liberalismo penale, non più compatibile con la visione politica e costituzionale del nazionalsocialismo.

6. 1933: La formulazione del paradigma autoritario.

Nel 1933 Georg Dahm, ventinovenne, e Friedrich Schaffstein, ventottenne, pubblicano il manifesto del diritto penale autoritario

(48) F. EXNER, *Development of the Administration of Criminal Justice in Germany*, in « Journal of the American Institute of Criminal Law and Criminology », 24 (1933), 1, p. 258.

(49) *Ivi*, p. 259.

(50) *Ibidem*.

(51) Cfr. B. FELDMÜLLER-BÄUERLE, *Die strafrechtliche Kieler Schule*, Hamburg, Kovač, 2010; E.R. ZAFFARONI, *Doctrina penal nazi. La dogmática penal alemana entre 1933 y 1945*, Valencia, Tirant lo blanch, 2017, pp. 197-213.

per uno 'stato totale' ⁽⁵²⁾; il tema è poi ulteriormente sviluppato da Dahm in un articolo pubblicato nello stesso anno ⁽⁵³⁾. Nel programma dei due giovani giuristi la questione penale assume chiaramente il carattere di svolta costituzionale: il duro attacco al liberalismo si basa sulla nuova concezione del rapporto tra potere dello stato e diritti individuali. Nel primo dopoguerra e fino agli anni Trenta, come visto, tra i criminalisti era maturata la consapevolezza che il modello liberale avesse raggiunto il punto di rottura, modificato dal movimento per l'individualizzazione. Tuttavia il percorso verso la piena attuazione delle idee riformatrici non era mai stato portato a compimento per le contraddizioni interne al pensiero criminologico, le tensioni con i principi del penale liberale più resistenti al cambiamento nella mentalità di giuristi e giudici, la mancanza di seri e credibili criteri scientifici di valutazione dei reati, e per la scarsa cultura criminologica di giudici e operatori dell'amministrazione penitenziaria. I risultati incompleti del movimento di riforma, specie in Italia e Germania, avevano favorito la crescita di una cultura penale molto critica nei confronti dei fallimenti causati dalla combinazione di individualismo e individualizzazione. Il ritorno ad un approccio più formalistico e normativistico, così come il recupero del retributivismo e della certezza della pena, invocati da Dahm e Schaffstein, segnano una chiara contrapposizione con l'ideale criminologico di una scienza penale integrata con altri saperi. In modo particolare, le riforme progressiste sono accusate di essere la causa dell'eccessiva mitezza nei confronti dei criminali e dell'indebolimento del potere e dell'autorità sia della legge sia dello stato.

Dahm e Schaffstein affermano che i fondamenti del diritto penale sono divenuti incerti e che non si tratta più solamente di uno scontro tra scuole, ma di una contrapposizione più radicale tra teorie

⁽⁵²⁾ G. DAHM, F. SCHAFFSTEIN, *Liberale oder autoritäres Strafrecht?*, Hamburg, Hanseatische Verlagsanstalt, 1933; per una sintesi dei contenuti cfr. K. MARXEN, *Der Kampf gegen das liberale Strafrecht: eine Studie zum Antiliberalismus in der Strafrechtswissenschaft der zwanziger und dreissiger Jahre*, Berlin, Duncker & Humblot, 1975, p. 101 e ss.; M.A. CATTANEO, *Terrorismo e arbitrio. Il problema giuridico nel totalitarismo*, Padova, Cedam, 1998, pp. 201-210.

⁽⁵³⁾ G. DAHM, *Autoritäres Strafrecht*, in « Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform », 24 (1933), pp. 162-80.

del diritto penale liberali, socialiste e autoritarie. Il tempo è maturo per un ripensamento complessivo del sistema penale che miri a sostituire il formalismo con una prospettiva teleologica⁽⁵⁴⁾. La diffusione dell'ideale special-preventivo promosso dai riformisti aveva trovato espressione in una unilaterale tendenza alla mitigazione delle sanzioni perché delle due facce della prevenzione, ovvero la riabilitazione e la sicurezza, solo la prima era stata realmente attuata. I motivi di tale acritica mitezza sono dovuti, secondo Dahm e Schaffstein, all'alleanza rovinosa tra liberalismo e socialismo che ha caratterizzato i decenni a cavaliere tra Otto e Novecento e che trova la sua più limpida manifestazione, sul piano politico e parlamentare, nella Repubblica di Weimar. Idee sociali del diritto penale possono svilupparsi — sostengono i due penalisti — solo entro i confini dell'ideale liberale di libertà: pertanto il liberalismo penale può accettare l'idea rieducativa e rinunciare alla certezza della pena, ma solo a condizione che il principio *nulla poena sine lege* sia mantenuto, il libero arbitrio non sia messo in discussione e tutti i delinquenti siano ritenuti riformabili (condizione che implica, per esempio, il rifiuto dell'idea di una predisposizione genetica al crimine). Liberalismo e socialismo, le due più importanti dottrine politiche del periodo postbellico, avrebbero, dunque, trovato un compromesso che garantisce all'individuo i maggiori privilegi, ma che risulta incoerente con le condizioni storiche di alta inflazione e disoccupazione determinate dalle conseguenze del conflitto bellico⁽⁵⁵⁾.

La crisi del diritto penale si sostanzia nella dissoluzione della separazione dei poteri, il più tipico dei principi liberali. La decadenza del parlamento, trasformato in una « politische Körperschaft » che, preoccupata soprattutto di controllare l'azione dell'esecutivo, ha trascurato la propria funzione legislativa o l'ha esercitata per compiacere gli elettori⁽⁵⁶⁾ ha portato ad un'estensione del

(54) Sul punto cfr. O. JOUANJAN, *Justifier l'injustifiable. L'ordre du discours juridique nazi*, Paris, PUF, 2017, pp. 285-291.

(55) DAHM, SCHAFFSTEIN, *Liberale oder autoritäres Strafrecht?*, cit., pp. 10-18; DAHM, *Autoritäres Strafrecht*, cit., pp. 173-174.

(56) Sulla crisi del parlamentarismo in età weimariana cfr. E. FRAENKEL, *Democrazia collettiva* (1929), in *Laboratorio Weimar. Conflitti e diritto del lavoro nella Germania prenazista*, a cura di G. Arrigo e G. Vardaro, Roma, Edizioni lavoro, 1982, pp.

potere supplente del giudiziario nell'adeguare le norme, per via interpretativa, alle nuove esigenze sociali. Tale accresciuto potere del giudiziario è visibile nella riforma della fase esecutiva della pena, nel cambiamento nei principi di commisurazione della sanzione, nella formulazione di fattispecie vaghe, nell'interpretazione teleologica di concetti giuridici, nello sviluppo di cause di antiggiuridicità extralegislative, nella valutazione dell'irragionevolezza dell'agente come causa di esclusione della colpevolezza, e trova un parallelo anche teorico nel prevalere della *Interessenjurisprudenz* rispetto alla *Begriffsjurisprudenz*. Una trasformazione che mina l'equilibrio della tripartizione dei poteri, ma che ancora trova un estremo ancoraggio al modello liberale grazie al limite invalicabile del principio di legalità, previsto dal § 2 del codice penale e costituzionalizzato nella *Verfassung* weimariana: è, tuttavia — accusano Dahm e Schaffstein — un'estensione di poteri del giudiziario che opera solo a vantaggio del singolo e a scapito dello stato ⁽⁵⁷⁾.

Il rimedio a tale degradante condizione della giustizia penale consiste in un ritorno alla prevenzione generale, all'idea di retribuzione e di deterrenza, ed in un ripensamento del fine rieducativo coerente con la visione dello stato totale nazionalsocialista. Invece che riconoscere al giudice ancora più potere nell'ambito della prevenzione speciale, Dahm e Schaffstein chiedono di ristabilire la tripartizione dei poteri nel diritto penale, cosa che implica il dovere dello stato di reagire duramente (ma non brutalmente) contro i delinquenti per generare un popolare sentimento di giustizia. Occorre ritrovare un equilibrio nella politica criminale tra idea rieducativa e idea di sicurezza, tra prevenzione speciale e generale: se, infatti, la generalprevenzione serve per rafforzare nella collettività il sentimento di giustizia e la convinzione di uno stato forte, è impor-

89-104, specie p. 93: « In ciò va visto il secondo segno di logoramento (anch'esso non previsto dai padri della costituzione) del potere del parlamento: nel fatto, cioè, che il potere giudiziario ha esteso talmente il suo campo d'azione che esso non è più solo l'esecutore della volontà della legge, ma tende sempre più a considerare le norme positive come un fastidioso imbrigliamento della propria attività, e a giudicare sempre meno in base a criteri desunti dal diritto vigente e sempre più in base al sentimento di giustizia di volta in volta dominante ».

⁽⁵⁷⁾ DAHM, SCHAFFSTEIN, *Liberale oder autoritäres Strafrecht?*, cit., p. 32. Nello stesso senso cfr. DAHM, *Autoritäres Strafrecht*, cit., pp. 169-170.

tante che anche lo scopo della pena rieducativa non sia un generico e neutrale reinserimento sociale, « sondern die Eingliederung des Gefangenen in den nationalen und sozialen Staat »⁽⁵⁸⁾, la sua adesione allo stato totale etico⁽⁵⁹⁾. Gli obiettivi dell'esecuzione orientata alla rieducazione, scrivono Dahm e Schaffstein, sono essenzialmente tre: essa deve, per prima cosa, rispecchiare la concezione autoritaria dello stato e l'idea di nazione che plasmeranno in futuro lo stato tedesco; deve, in secondo luogo, essere utilizzata, nei limiti del possibile, per conservare il sentimento di rispetto nei confronti dei tradizionali valori della cultura tedesca; infine, dovrà mettere in primo piano l'idea di *Volksgemeinschaft*, dell'unione di tutti i tedeschi che, inconciliabile con la lotta di classe, supera le differenze di status, classe, ricchezza⁽⁶⁰⁾.

Gli scritti di Dahm e Schaffstein del 1933 pongono le basi teoriche per la costruzione di un diritto penale autoritario che si caratterizza per la contrapposizione dura al modello liberale, ma che ancora non coincide *in toto* con quelli che, a breve, diverranno i tratti tipici del penale totalitario nazista⁽⁶¹⁾. Non a caso Dahm elogia il codice Rocco come modello da imitare perché segna il ritorno ad un'ideologia retributivo-repressiva che rafforza la difesa dello stato, delle sue istituzioni e dei beni giuridici che ne manifestano l'autorità⁽⁶²⁾. Secondo i due giovani giuristi tedeschi, la teoria del diritto penale autoritario mira non ad indebolire il 'liberale' principio della separazione dei poteri, ma piuttosto a ristabilirlo come reazione contro le contaminazioni del positivismo criminologico. La loro lettura del riformismo è certamente troppo semplificante e in parte distorta: se, infatti, è vero che esso ha accentuato il ruolo della

⁽⁵⁸⁾ DAHM, *Autoritäres Strafrecht*, cit., p. 177.

⁽⁵⁹⁾ DAHM, SCHAFFSTEIN, *Liberales oder autoritäres Strafrecht?*, cit., pp. 40-49; sull'importanza di tale concetto nella costruzione dogmatica del penale nazista cfr. ZAFFARONI, *Doctrina penal nazi*, cit., pp. 289-292.

⁽⁶⁰⁾ DAHM, SCHAFFSTEIN, *Liberales oder autoritäres Strafrecht?*, cit., p. 48.

⁽⁶¹⁾ In questo senso cfr. CATTANEO, *Terrorismo e arbitrio*, cit., pp. 209-210.

⁽⁶²⁾ DAHM, *Autoritäres Strafrecht*, cit., p. 168. Sulla 'dimensione costituzionale' della giustizia penale durante il fascismo e sulla sua impronta autoritaria, quella nella quale Dahm nel 1933 vede un esempio a cui ispirarsi, cfr. L. LACCHÈ, *Tra giustizia e repressione: i volti del regime fascista*, in *Il diritto del duce. Giustizia e repressione nell'Italia fascista*, a cura di Id., Roma, Donzelli, 2015, pp. X-XIX.

prevenzione sulla repressione, non si è, invece, tradotto in una reale mitigazione delle pene o in un generale indebolimento della tutela penale ⁽⁶³⁾. Tuttavia, ciò che qui preme sottolineare in questi scritti programmatici del 1933 è la critica all'individualizzazione come fattore di crisi del penale per l'indebolimento della separazione dei poteri e per l'eccessiva discrezionalità attribuita ai giudici. La richiesta di riaffermare un modello retributivo, con un ruolo più limitato della giurisprudenza, è dunque funzionale alla costruzione del penale 'forte' del regime, in rottura con le teorie 'deboli' del riformismo weimariano. In questo senso deve essere interpretata la difesa del principio di legalità che si legge in chiusura di *Liberales oder autoritäres Strafrecht?*: il principio *nulla poena sine lege*, fino a quel momento inteso in senso garantistico a favore dell'autore del reato secondo la fondamentale concezione liberale ⁽⁶⁴⁾, non deve essere abbandonato perché la limitazione del giudice entro i termini della legge corrisponde anche alla concezione autoritaria dello stato. Lo stato non può lasciare alla discrezione dei magistrati la scelta fondamentale sui confini della punibilità: le idee liberali dello stato di diritto e la visione conservatrice-autoritaria trovano un inconsueto punto di accordo proprio sulla limitazione dei poteri giudiziari ⁽⁶⁵⁾. È evidente la torsione illiberale del *nulla poena*, il capovolgimento della sua giustificazione teorica e lo svuotamento dell'originario significato garantistico ⁽⁶⁶⁾, ma è altrettanto chiaro il senso di un

⁽⁶³⁾ Cfr., in questo senso, G. ASCHAFFENBURG, *Neue Horizonte?*, in « Monatschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform », 24 (1933), pp. 162-180, che vede possibili linee di convergenza tra il penale autoritario progettato da Dahm e Schaffstein e le richieste avanzate (ma ancora non realizzate) dal riformismo criminologico: se le misure di sicurezza saranno finalmente introdotte, il codice penale diventerà la *magna charta* non dei delinquenti ma dei cittadini pacifici e onesti, proteggendoli da criminali pericolosi e recidivi (p. 161).

⁽⁶⁴⁾ Cfr. ad es. M. ANCEL, *La règle "nulla poena sine lege" dans les législations modernes*, in « Annales de l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris », 2 (1936), pp. 251-255; ID., *A propos de quelques discussion récentes sur la règle "nulla poena sine lege"*, in « Revue de science criminelle et de droit pénal comparé », 2 (1937), 1, pp. 670-678; G. VASSALLI, *Nullum crimen sine lege*, estr. da « Giurisprudenza Italiana », XXI (1939), Torino, Utet, 1939, specie pp. 36-48 e pp. 104-126.

⁽⁶⁵⁾ DAHM, SCHAFFSTEIN, *Liberales oder autoritäres Strafrecht?*, cit., p. 52.

⁽⁶⁶⁾ Cfr. M. SBRICCOLI, *Le mani in pasta e gli occhi al cielo. La penalistica italiana negli anni del fascismo*, in « Quaderni fiorentini », 28 (1999), pp. 817-850, ed ora in ID.,

recupero della legalità e certezza della pena come reazione all'individualizzazione e indeterminatezza della sanzione stessa prodotte dal movimento riformatore di matrice criminologica.

È probabilmente Wilhelm Gallas, nella prolusione berlinese del 1933, a cogliere in modo chiaro la più profonda novità degli scritti programmatici sull'*autoritäres Strafrecht*: la radice dell'insoddisfazione verso il riformismo lisztiano, considerato non più conforme alle necessità dei tempi nuovi e colpevole della condizione di inefficacia della giustizia, non è la mitigazione delle sanzioni, cui peraltro non è corrisposto alcun aumento della criminalità, né l'inadeguato trattamento che il legislatore ha previsto per i delinquenti abituali e professionali, né, infine, l'attuazione solo parziale delle proposte della scuola sociologica, con generalizzate misure di favore per i rei non compensate da misure di sicurezza per i delinquenti pericolosi. La causa della crisi del sistema penale è, per Gallas, la crisi dello stato. Non, dunque, un problema di politica criminale ma di *Staatsgedanken*. La volontà di superare la concezione 'debole' di stato senza un solido fondamento etico-politico, senza idee unificatrici, relativistico e pluralistico — tipico del primo dopoguerra e del periodo weimariano — impone un ripensamento della legittimazione del potere pubblico e quindi, di conseguenza, anche del potere punitivo che ne è tipica manifestazione ⁽⁶⁷⁾. La vera sfida lanciata dalla scuola di Kiel deve consistere nel dare un nuovo contenuto etico alla pena educativa proposta da Liszt: solo sul fondamento di una concezione organica dello stato totale, nella

Storia del diritto penale e della giustizia, cit., II, specie pp. 1025-1034; S. SEMINARA, *Sul metodo tecnico-giuridico e sull'evoluzione della penalistica italiana nella prima metà del XX secolo*, in *Studi in onore di Mario Romano*, I, Napoli, Jovene, 2011, pp. 575-616; da ultimo G.P. TRIFONE, *L'elemento politico nell'interpretazione della legge penale secondo la dottrina del periodo fascista*, in « *Historia et Ius* », 2018, 13, paper 9.

⁽⁶⁷⁾ W. GALLAS, *Die Krise des Strafrecht und ihre Überwindung im Staatsgedanken*, in « *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* », 53 (1934), pp. 11-18. La 'umanizzazione' degli ultimi anni criticata da Dahm e Schaffstein non è dovuta all'idea di specialprevenzione espressione di un socialismo individualista, ma si spiega per il fatto che gli apparati della giustizia pubblica trovano la forza di attuare una politica criminale forte ed incisiva nei confronti della libertà dei criminali solo quando si sentono esecutori di una volontà unitaria del corpo sociale e percepiscono il pieno sostegno dei cittadini alle istituzioni (pp. 18-19).

quale vi è sintesi tra *Volksgemeinschaft* e *Staat* e la nazione personificata nello stato, inteso come destino, comunità di cultura e portatore di valori immanenti è fonte, senso e giustificazione della manifestazione di potenza dello stato stesso, si lascerà costruire un diritto penale della educazione non più ispirato ad uno sbiadito e individualistico ideale liberale. Sia la rieducazione sia la retribuzione sono ora funzionali all'adesione al progetto di stato totale, tant'è vero che chi si rifiuta di identificarsi quale membro dello stato etico non viene punito ma collocato al di fuori della comunità giuridica e reso inoffensivo⁽⁶⁸⁾. Nello sforzo di dare contenuto scientifico al manifesto dei giovani penalisti nazisti, con il riconoscimento di alcune conquiste ormai irrinunciabili per la scienza penale dovute alla scuola sociologica, Gallas propone una trasposizione (o, a suo modo di vedere, una più piena realizzazione) delle idee lisztiane entro un quadro politico-costituzionale completamente rinnovato, nella ricerca di una sintesi tra una rinata *Staatsgesinnung* e l'idea dei compiti sociali della giustizia penale⁽⁶⁹⁾. Proprio tale mutato ordine costituzionale rende, tuttavia, assai forzata la riconducibilità della funzione della pena, tanto retributiva quanto educativa, all'originaria proposta lisztiana.

7. *Il tentativo di difendere lo Stato di diritto in ambito penale.*

Lo scritto di Dahm e Schaffstein provoca immediate reazioni, che non solo difendono i progressi ottenuti dal movimento riformatore, ma, soprattutto, avvertono il rischio di un irrazionalismo senza freni che porti ad un superamento dei limiti costituzionali dello stato di diritto. Heinrich Drost vede nella critica al diritto penale liberale le premesse per un ritorno allo stato di polizia, con il rischio che la giustizia penale venga snaturata in strumento per perseguire fini del tutto esterni al diritto punitivo e puramente politici. Drost ammette la sopravvalutazione dell'idea rieducativa rispetto alla componente securitaria della prevenzione, e ritiene certamente ammissibile un ritorno alla filosofia retributiva, purché però sia intesa nella sua compatibilità con il modello liberale, come equivalenza e propor-

⁽⁶⁸⁾ Ivi, p. 27.

⁽⁶⁹⁾ Ivi, p. 28.

zione tra fatto e pena: un retributivismo, dunque, che nelle radici e nel significato nulla ha in comune con quello dello stato autoritario proposto nello scritto dai due giovani penalisti. È poi la bizzarra interpretazione proposta da Dahm e Schaffstein, secondo cui il venir meno della separazione dei poteri corrisponderebbe in qualche modo ad un'idea di stato individualista, ad essere contestata come del tutto infondata da Drost. Ma, soprattutto, il professore all'Università di Münster critica nel programma dell'*autoritäres Strafrecht* il riapparire della pena per l'atteggiamento interiore (*Gesinnungsstrafe*), secondo la quale il fine della rieducazione non si limita ad un miglioramento del senso civico, ma consiste nel riconoscimento dell'autorità dello stato e, dunque, in una conversione 'forzata' delle opinioni ⁽⁷⁰⁾. Di fronte al rischio della costrizione al rispetto e all'interiorizzazione del pensiero unico imposto dallo stato autoritario, Drost richiama alla necessità dell'impegno pubblico nella lotta « gegen Brutalisierung des Rechts für Erhaltung unserer gefährdeten Rechtskultur » ⁽⁷¹⁾.

Sempre nel 1933, Eduard Kern riconosce come dalla prima guerra mondiale in poi i principi dello stato di diritto in materia penale siano stati parzialmente erosi dalle misure emergenziali che hanno introdotto sanzioni più severe, dall'istituzione di tribunali speciali, dalle numerose amnistie, nonché dalla scienza giuridica e dalla prassi giurisprudenziale che — sostituendosi all'inerzia riformatrice del legislatore e riconoscendo cause di esclusione dell'anti-giuridicità e della colpa anche *praeter legem* — hanno creato incer-

⁽⁷⁰⁾ In questo cfr. G. RADBRUCH, *Il pensiero educativo nell'esecuzione penale in Germania: ieri e oggi*, in « Rivista di diritto penitenziario », VI (1935), 2, pp. 373-379, il quale, dopo aver sottolineato l'interruzione del processo di sottoposizione anche della fase esecutiva ai principi dello stato di diritto avviata dal movimento riformatore, sostiene che: « Due sono le caratteristiche essenziali che distinguono la educazione penale del nuovo Stato dalla precedente esecuzione penale educativa: essa non riposa più sul principio fondamentale dell'autonomia, ma su quello della eteronomia e il suo fine non è più il riadattamento sociale ma l'ordinamento della comunità nazionale » (p. 378).

⁽⁷¹⁾ H. DROST, *Autoritäres Strafrecht?*, in « Recht und Leben. Wochen-Beilage der Vossischen Zeitung », Donnerstag, 26 Januar, No. 4, 1933.

tezza nel diritto ⁽⁷²⁾. Tuttavia, nonostante queste riduzioni, il concetto di stato di diritto è rimasto in vigore, e, nonostante i dubbi sollevati dai giovani della scuola di Kiel che vorrebbero abolirlo perché ha condotto ad un indebolimento dello stato e ad un illanguidimento della giustizia penale, Kern è convinto che debba essere difeso e conservato ⁽⁷³⁾. Certo nelle prossime riforme del diritto e della procedura penale sarà necessario « die Grenze zwischen Staat und Individuum an manchen Stellen zu Gunsten des Staates zu verschieben », ma i pilastri del *Rechtsstaat*, consistenti nel principio di legalità del reato e della pena, dell'indipendenza, della precostituzione e naturalità dei giudici « darf auch in Zukunft nicht gerüttelt werden », se non si vuole vanificare la preziosa cultura giuridica europea conquistata lottando faticosamente. Una rinuncia a queste conquiste, infatti, produrrebbe l'effetto contrario, « würde die Autorität des Staates nicht stärken, sondern schwächen » ⁽⁷⁴⁾.

Anche Max Grünhut, nel 1934, contesta la ricostruzione storico-concettuale del compromesso social-liberale come degenerazione del moderno diritto penale: la scuola lisztiana ha orientato il diritto penale verso un forzato ordine sociale, che si traduce tanto in rieducazione quanto in sicurezza e implica necessariamente un allargamento dei confini dell'attività dello stato nei confronti dell'individuo. Ma affermare che liberalismo e socialismo hanno trovato un punto d'incontro nell'atteggiamento di clemenza è una banalizzazione del problema: il movimento riformatore ambisce piuttosto alla costruzione di un diritto penale sociale *entro* lo stato liberale, ovvero ad un sistema nel quale lo stato che vuole garantire ai propri cittadini libertà di coscienza, di manifestazione delle opinioni e di associazione debba e possa contrastare i criminali con strumenti che offrano una protezione più efficace alla collettività statale rispetto alla formale pena vendicativa. Il fatto, però, che anche queste misure politico-criminali abbiano in qualche modo dei limiti — in un certo senso liberali — « es liegt im Wesen des Strafrechtes, dem wie allem

⁽⁷²⁾ E. KERN, *Der Rechtsstaatgedanke im Strafrecht und Strafverfahrensrecht von der Reichsgründung bis zur Gegenwart*, Freiburg im Breisgau, Speyer & Kaerner, 1933, specie pp. 9-16.

⁽⁷³⁾ Ivi, p. 18.

⁽⁷⁴⁾ Ivi, p. 19.

Recht eine doppelte Bindung immanent ist » (75). Il più serio pericolo che Grünhut vede nelle teorie di Dahm e Schaffstein consiste proprio nell'abbandono della finalità pratica della politica criminale consistente nella lotta alla criminalità e nell'autoreferenzialità che viene ad assumere il potere punitivo: ogni inasprimento della pena, ogni estensione del potere punitivo dello stato, che non debba più trovare legittimazione nella dimostrazione della necessità politico-criminale, trova la propria giustificazione solo in sé stesso. La scelta, invece, di orientare il diritto penale allo scopo del contrasto alla criminalità — ciò che viene osteggiato da Dahm e Schaffstein come autonomia del diritto penale — rappresenta una protezione contro l'utilizzo del potere punitivo come puro strumento di lotta politica (76). La scienza giuridica, avverte Grünhut in chiusura, ha una grossa responsabilità nei confronti della pretesa di dare ampio spazio nel pensiero penale ai poteri irrazionali: così come ha sempre rifiutato l'estremo positivismo, essa deve opporre resistenza « gegen eine Preisgabe der Empirie an neue Formen des Irrationalismus » (77).

8. *Le differenze tra sistema penale fascista e nazionalsocialista.*

Né le critiche ai contenuti espressi in *Liberales oder autoritäres Strafrecht?*, né la 'chiamata alle armi' dei difensori dello stato di diritto e del modello liberale, producono alcun effetto di contrasto all'avanzata delle nuove idee. Il partito nazionalsocialista avvia una trasformazione radicale della cultura politico-istituzionale e del diritto, una *Rechtserneuerung* che non può non interessare anche le basi della giustizia penale (78). Il popolo tedesco, spiega nel 1934

(75) M. GRÜNHUT, *Kriminalpolitische Wandlungen?*, in «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», 53 (1934), p. 7.

(76) *Ivi*, p. 8.

(77) *Ibidem*.

(78) Cfr. M. FROMMEL, *Von der Strafrechtsreform zur "Rechtserneuerung"*, in *Recht, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus. Vorträge aus der Tagung der Deutschen Sektion der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie (IVR) in der Bundesrepublik Deutschland vom 11. und 12. Oktober 1982 in Berlin* (West), H. Rottleuthner (hrsg), Wiesbaden, F. Steiner Verlag, 1983, pp. 45-54; M. LA TORRE, *La « lotta contro il diritto soggettivo ». Karl Larenz e la dottrina giuridica nazionalsocialista*,

Edmund Mezger, ha dato un nuovo fondamento nazionale alla sua essenza di stato e di popolo, con una rivoluzione politica e spirituale, e dunque « auch das Strafrecht wird auf diesem Grunde des totalen Staats in neuer Form entstehen » (79). La ricostruzione dello stato porta con sé la forza per il superamento del confronto tra scuola classica e sociologica, non nel senso ‘debole’ del compromesso vetero-liberale, ma come sintesi. Il ritorno ad uno stato autoritario nel campo del diritto penale, teorizzato nel 1933 da Dahm e Schaffstein, non è, dunque, l’obiettivo del partito di Hitler, ma solo un passaggio intermedio, il presupposto per un ulteriore sviluppo contenutistico che si regge sulle idee di razza e popolo, i due pilastri del nazionalsocialismo. Il diritto penale del futuro si dovrà basare, secondo Mezger, sui due concetti del recupero della responsabilità dei singoli individui nei confronti del popolo e dell’eliminazione delle parti che sono dannose alla razza e al popolo. Il primo poggia sul principio del fatto (*Tat-Prinzip*), il secondo sul principio dell’autore (*Täter-Prinzip*) (80): uniti conducono il diritto penale nel nuovo

Milano, Giuffrè, 1988, specie cap. VI, pp. 317-360 per le teorie penalistiche; Id., *A national-socialist jurist on crime and punishment. Karl Larenz and the so-called “Deutsche Rechtsrenewal”*, in « Rechtslehre », 25 (1994), pp. 57-86; H. RÜPING, *Nationalsozialismus und Strafrecht*, in « Quaderni fiorentini », 36 (2007), pp. 1007-1030; G. WERLE, *Justiz-Strafrecht und polizeiliche Verbrechensbekämpfung im Dritten Reich*, Berlin, W. De Gruyter, 1989; E. DE CRISTOFARO, *Legalità e pericolosità. La penalistica nazi-fascista e la dialettica tra retribuzione e difesa dello Stato*, in « Quaderni fiorentini », 36 (2007), specie pp. 1061-1074; O. LEPSIUS, *The Problem of Perceptions of National Socialist Law or: Was There a Constitutional Theory of National Socialism?*, in *Darker Legacies of Law in Europe. The Shadow of National Socialism and Fascism over Europe and its Legal Traditions*, C. Joerges, N. Singh Ghaleigh (eds.), Oxford, Hart, 2003, pp. 19-41.

(79) E. MEZGER, *Kriminalpolitik auf kriminologischer Grundlage*, Stuttgart, Ferdinand Enke Verlag, 1934, p. 201.

(80) Anche gli studi criminologici sono funzionalizzati alla piena realizzazione di questa nuova visione dello stato e del diritto punitivo. La psicologia criminale, nella sua parte biologica e sociologica, fornisce i presupposti scientifici per il *Täter-Prinzip*, per riconoscere e capire l’autore, la sua personalità, la sua funzione nella vita sociale, e così, attraverso l’eradicazione degli elementi inadatti, migliora la composizione razziale del popolo; la ricerca sull’ereditarietà, importante sia entro i confini disciplinari del diritto penale che fuori da essi, è un indispensabile aiuto per tutti gli sforzi eugenetici (ivi, p. 204).

stato totale e popolare verso una sintesi di pena retributiva e misure di sicurezza ⁽⁸¹⁾.

Nel 1935, anno dell'emanazione della legge (28 giugno) di modifica del § 2 del codice penale tedesco che consente l'analogia ed autorizza il giudice a punire ogni atto che — pur non espressamente previsto *ex lege* — meriti una pena secondo il *gesundes Volksempfinden* ⁽⁸²⁾, si tiene a Berlino l'undicesimo Congresso internazionale di diritto penale e penitenziario, in occasione del quale i vertici politici del partito nazionalsocialista presentano pubblicamente i nuovi principi del diritto penale tedesco ⁽⁸³⁾. Nello stesso anno Dahm pubblica uno scritto in cui non si preoccupa più di demolire

⁽⁸¹⁾ Ivi, p. 203.

⁽⁸²⁾ Su questo provvedimento, subito criticato come manifestazione più clamorosa della svolta illiberale e repressiva nella giustizia penale nazista, in aperta rottura con la lunga tradizione post-illuministica, cfr. ad es. F. HONIG, *Recent Changes in German Criminal Law*, in «Journal of the American Institute of Criminal Law and Criminology», 26 (1936), 6, pp. 857-61; C.H. MCILWAIN, *Government by Law*, in «Foreign Affairs», 14 (1936), 2, pp. 185-98; L. PREUSS, *Punishment by Analogy in National Socialist Penal Law*, in «Journal of the American Institute of Criminal Law and Criminology», 26 (1936), 6, pp. 847-56. Sullo scarso utilizzo giurisprudenziale dell'analogia, cfr. G. VASSALLI, *La giurisprudenza penale germanica in materia d'analogia. Applicazioni e proposte d'applicazione del § 2 del Codice Penale del Reich*, in «Rivista di diritto penitenziario», 8 (1937), 5, pp. 907-945; O. KIRCHHEIMER, *Criminal Law in National-Socialist Germany*, in «Studies in Philosophy and Social Science», 8 (1939), specie pp. 448-452. Sul tema cfr. anche WERLE, *Justiz-Strafrecht*, cit., specie pp. 161-163; RÜPING, *Nationalsozialismus und Strafrecht*, cit.; DE CRISTOFARO, *Legalità e pericolosità*, cit., pp. 1072-1074.

⁽⁸³⁾ Il riferimento è, in particolare, ai discorsi indirizzati all'assemblea generale il 19 agosto 1935 in occasione della solenne apertura del congresso da parte di Franz Gürtner, Ministro della giustizia del Reich, dal titolo *Der Gedanke der Gerechtigkeit in der deutschen Strafrechtserneuerung*, in *Actes du Congrès Pénal et Pénitentiaire International de Berlin. Août 1935*, Berne, Bureau de la Commission internationale pénale et pénitentiaire, 1936, vol. Ia, pp. 3-23; il 21 agosto 1935 da Roland Freisler, Segretario di Stato e Ministro della giustizia del Reich, dal titolo *Der Wandel der politischen Grundanschauungen in Deutschland und sein Einfluss auf die Erneuerung von Strafrecht, Strafprozess und Strafvollzug* (ivi, pp. 434-456); il 23 agosto del Ministro dell'educazione politica e sociale del popolo e della propaganda, Joseph Goebbels, *Deutschland von innen gesehen. Die Aufbauarbeit des Nationalsozialistischen Staates* (ivi, pp. 466-478); e dal discorso pronunciato il 21 agosto nella riunione dell'Accademia tedesca del diritto dal suo presidente Hans Frank, intitolato *Zwischenstaatliche Strafrechtspolitik* (ivi, vol. Ib, pp. 124-142).

il modello liberale, ma illustra i caratteri distintivi che il diritto penale ha assunto in coerenza con il quadro complessivo di rinnovamento politico e giuridico dello stato totalitario, rimarcandone le differenze con il penale autoritario del fascismo italiano per evitare che il mescolamento tra le due concezioni giuridiche porti alla deturpazione e degenerazione del nuovo diritto tedesco⁽⁸⁴⁾. Pur senza ripercorrere, in questa sede, gli interventi legislativi che hanno dato forma ai due modelli di giustizia criminale⁽⁸⁵⁾, l'analisi sintetica del parallelo tra Germania e Italia, sul quale insistono i giuristi dalla metà degli anni Trenta, è utile a chiarire i diversi orientamenti della cultura giuridica.

Per il nazismo lo stato è un mezzo per raggiungere un fine ulteriore. Lo stato nazionale, che trova fondamento e legittimazione nello spirito del popolo, non è, tuttavia, solamente espressione del popolo, ma è esso stesso organo vivente, comunità di spirito, parte della vita del *Volk* basata sui concetti di razza e sangue⁽⁸⁶⁾. Esiste un'unità organica, rappresentata dal vincolo che lega indissolubilmente *Führer*, *Volk*, stato e movimento nazionalsocialista, che ha come esito il principio della totalità della vita nazionale e implica la disponibilità al sacrificio del singolo per gli scopi nazionali⁽⁸⁷⁾. Per il fascismo, invece, che parla di nazione e non di popolo, l'essenza della nazione è concepibile solo nello stato e attraverso lo stato: la sovranità statale è superiore a quella popolare. Come sintetizza

(84) G. DAHM, *Nationalsozialistisches und faschistisches Strafrecht*, Berlin, Junker und Dünhaupt Verlag, 1935, p. 5.

(85) È sufficiente rinviare, ad es., a G. NEPPI MODONA, M. PELISSERO, *La politica criminale durante il fascismo*, in *Storia d'Italia. Annali*, a cura di L. Violante, vol. 12, *La criminalità*, Torino, Einaudi, 1997, pp. 757-847; SBRICCOLI, *Le mani in pasta e gli occhi al cielo*, cit.; *Il diritto del duce*, a cura di Lacchè, cit.; M.N. MILETTI, *La scienza nel codice. Il diritto processuale penale nell'Italia fascista*, in *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*, a cura di L. Garlati, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 57-107; *Fascism and Criminal Law*, S. Skinner (ed.), Oxford et al., Hart, 2015, specie i saggi della prima parte, pp. 15-97; VORMBAUM, *Storia moderna del diritto penale tedesco*, cit., specie pp. 254-306; ID., *Il diritto penale nazionalsocialista*, in ID., *Diritto e nazionalsocialismo. Due lezioni*, Macerata, EUM, 2013; WERLE, *Justiz-Strafrecht*, cit.

(86) DAHM, *Nationalsozialistisches und faschistisches Strafrecht*, cit., pp. 7-9.

(87) FREISLER, *Der Wandel der politischen Grundanschauungen*, cit., pp. 437-438; 442-443.

Donnedieu de Vabres, il fascismo è a contenuto giuridico mentre il nazionalsocialismo è a contenuto biologico; il fascismo è una costruzione logica e razionale, la dottrina hitleriana è mistica⁽⁸⁸⁾. Questa sostanziale differenza ha poi varie ricadute nell'ambito del diritto penale. Nel rapporto tra legge e giudice, il codice Rocco è casuistico, prevede fattispecie tassative e ben definite, e si basa sul principio di legalità; nel sistema nazionalsocialista c'è invece un passo indietro del legislatore che rinuncia a normare in modo dettagliato ogni rapporto di vita. Il *Tatbestand* è solo una direttiva, una spiegazione di concetti generali, un esempio, ed in ciò è evidente una forte differenza con il fascismo che resta ancorato al principio di legalità. Il *nullum crimen nulla poena sine lege* è considerato dalla penalistica nazista un simbolo del liberalismo, da abbattere e trasformare nella formula *Kein Verbrechen ohne Strafe*: i giudici, responsabili nei confronti della comunità di non lasciare reati impuniti, possono agire anche oltre i limiti determinati *ex lege* dalle fattispecie, ma devono però sempre essere voce fedele della volontà del *Führer*⁽⁸⁹⁾.

Nell'ordine giuridico nazionalsocialista, afferma Freisler, non c'è spazio né bisogno di meccanismi di controllo dell'autorità suprema, e dall'idea di giustizia formale si passa a quella di giustizia sostanziale: « Dieser materielle Rechtsstaat bedarf keiner formalen Freiheitsgarantie; denn er besitzt die viel stärkere materielle Freiheitsgarantie der Einheit der totalen Grundanschauung »⁽⁹⁰⁾. Nella concezione totalitaria il reato non è una trasgressione contro la legge formale, ma un attacco contro le regole fondamentali del popolo tedesco, contro l'ordine morale e la legge interiore della comunità. Il codice penale, come ogni legge, ha delle lacune, non si adegua rapidamente alle necessità sociali, non è in grado di riflettere completamente il diritto della comunità. Non possono essere, pertanto, le norme astratte a definire ciò che è giusto o sbagliato. La

(88) DONNEDIEU DE VABRES, *La politique criminelle*, cit., p. 11.

(89) DAHM, *Nationalsozialistisches und faschistisches Strafrecht*, cit., pp. 12-13. Nonostante l'art. 116 della Costituzione di Weimar preveda il principio di legalità, secondo Dahm non vi è ormai nessun dubbio che, pur non essendo stato formalmente abolito, esso ha cessato di essere una parte integrante della costituzione come norma fondamentale della vita del popolo; al contrario, l'analogo art. 26 dello Statuto Albertino non è mai stato seriamente messo in discussione.

(90) FREISLER, *Der Wandel der politischen Grundanschauungen*, cit., p. 444.

legge, nella visione nazionalsocialista, non segna il confine del potere dello stato ma indica le linee di interpretazione, serve da modello per le leggi di vita del popolo ma non è esaustiva: ciò implica la rinuncia allo stretto rispetto da parte del giudice dell'idea che identifica il popolo con lo stato e il diritto con la legge ⁽⁹¹⁾. Per il fascismo invece, continua Dahm, la nazione è creata dallo stato, e la legge dello stato è anche una norma morale: come lo stato crea la nazione così la legge crea il diritto, come non c'è nazione fuori dallo stato così non c'è diritto fuori dalla legge. La pena serve, in questa concezione, a ristabilire l'autorità violata dello stato e il giudice è visto come il custode « der Geltung der Gesetze und der Staatsautorität » ⁽⁹²⁾. Certo la legalità nel codice Rocco non ha la funzione garantistica e liberale di limitare l'autorità o la violenza pubblica, ma ha invece il significato 'positivo' di uno strumento che rafforza la sicurezza dell'autorità statale: il reato rappresenta, dunque, un'infrazione dell'ordine autoritario creato dallo stato e, perciò, anche della legge interiore della nazione ⁽⁹³⁾. Mentre per Mussolini l'or-

⁽⁹¹⁾ DAHM, *Nationalsozialistisches und faschistisches Strafrecht*, cit., p. 14.

⁽⁹²⁾ Ivi, p. 15.

⁽⁹³⁾ In questo senso cfr. ad es. B. PETROCELLI, *Per un indirizzo italiano nella scienza del diritto penale*, in « Rivista italiana di diritto penale », 1941, p. 20, che definisce il *nullum crimen* « una delle basi più solide del regime autoritario. Posto come principio dell'autorità dello Stato, si può sicuramente affermare che la certezza del diritto è la maggiore manifestazione della sua potenza. Certezza del diritto vuol dire innanzi tutto certezza del comando, e quindi certezza del manifestarsi dell'autorità dello Stato »; A. SANTORO, *I principi generali dell'ordinamento giuridico fascista e il diritto penale*, in *Studi sui principi generali dell'ordinamento giuridico fascista*, Pisa, Pacini Mariotti, 1943, pp. 306-307. Il regime fascista svela il limite del rispetto solo formale della legalità, che « si inchina dunque, senza discutere, di fronte ai gradini del trono » (P. CALAMANDREI, *Prefazione al Dei delitti e delle pene*, scritta nel dicembre del 1943 e qui citata nella seconda ediz., Firenze, Le Monnier, 1950, p. 83). Secondo Calamandrei (*La crisi della legalità*, in ID., *Costruire la democrazia (premesse alla Costituente)*, Firenze, Edizioni U, s.d [ma 1945], ora in ID., *Opere giuridiche*, vol. III, a cura di Mauro Cappelletti, Napoli, Morano, 1968, p. 125): « il nazismo, con aperta e conseguenzia improntitudine, ha distrutto la legalità; il fascismo, nella sua pacchiana pretesa di machiavellismo, ha preferito falsificarla »; sul punto cfr. LACCHÈ, *Tra giustizia e repressione*, cit., pp. XXVI-XXVII e M.N. MILETTI, *Giustizia penale e identità nazionale*, in « Quaderni fiorentini », 45 (2016), pp. 693-698; più diffusamente, sulla legalità nella riflessione di Calamandrei, cfr. P. COSTA, *Lo 'Stato totalitario': un campo semantico nella giuspubblicistica del fascismo*, in « Quaderni fiorentini », 28 (1999), pp. 151-159; P. GROSSI, *Lungo*

dinamento della nazione « ist gesetzliche Ordnung » e la discrezionalità del giudice, o anche solo l'applicazione più flessibile della legge sarebbe in contrasto con l'autorità del governo, la volontà di Hitler non si esprime solamente nella legge ma anche, in senso più ampio, nella sua specifica *Weltanschauung* e nel suo atteggiamento politico di cui il giudice è portatore ⁽⁹⁴⁾.

L'altro più rilevante aspetto che differenzia il sistema tedesco da quello italiano riguarda i concetti di diritto penale della volontà (*Willensstrafrecht*) e del pericolo (*Gefährdungsstrafrecht*). Secondo la concezione nazionalsocialista il reo è colui che rompe i legami con la comunità, è un traditore (*Verräter*). L'essenza del reato non è il fatto esterno o il danno provocato, ma ciò che rende l'autore un outsider, il suo atteggiamento interiore (*Gesinnung*): il reato è la violazione di uno speciale dovere di fedeltà attraverso il quale l'autore manifesta una volontà pericolosa e nemica del popolo ⁽⁹⁵⁾. Centrale è, dunque, non il fatto ma l'autore, l'attenzione del diritto punitivo si rivolge alla volontà, alle intenzioni, al valore dell'autore per la comunità. Il concetto di colpa, riferita al reato come misura e condizione della pena nella teoria liberale, cambia: il fatto passa in secondo piano perché ciò che costituisce il reato sono la volontà nemica della comunità (*gemeinschaftsfeindliche Wille*) e la consapevolezza (*Bewusstsein*) di commettere un'ingiustizia ⁽⁹⁶⁾. Vista l'identità di principi tra ordine giuridico e morale, la penalistica nazista dà

l'itinerario di Piero Calamandrei, in « Rivista trimestrale di diritto e procedura civile », 63 (2009), 3, pp. 865-885; L. LACCHÈ, « Alzate l'architrave, carpentieri ». I livelli della legalità penale e le crisi tra Otto e Novecento, in *Le legalità e le crisi della legalità*, a cura di C. Storti, Torino, Giappichelli, 2016, specie pp. 201-205.

⁽⁹⁴⁾ DAHM, *Nationalsozialistisches und faschistisches Strafrecht*, cit., p. 16. Cfr. anche FREISLER, *Der Wandel der politischen Grundanschauungen*, cit., pp. 446-447, che chiarisce come nella dottrina nazista il *nulla poena sine lege* sia sostituito dalla regola « Dem Volke sein Recht » e l'indipendenza del giudice non sia pensata per scopi di garanzia individuale, ma come espressione della capacità della magistratura di rappresentare lo spirito del popolo.

⁽⁹⁵⁾ Cfr. ad es. W. GLEISPACH, *Willensstrafrecht*, in *Handwörterbuch der Kriminologie und der anderen strafrechtlichen Hilfswissenschaften*, A. Elster, H. Lingemann (hrsg.), vol. 2, Berlin-Leipzig, Walter de Gruyter, 1936, p. 1069; K. KLEE, *Il nuovo codice penale svizzero e il diritto penale del Terzo Reich*, in « Rivista di diritto penitenziario », 10, 1939, pp. 922-953.

⁽⁹⁶⁾ DAHM, *Nationalsozialistisches und faschistisches Strafrecht*, cit., pp. 17-18.

all'idea di colpa, di intenzione, un significato etico che non si limita alla sua misurazione di grado più o meno grave, ma diviene colpa per la condotta di vita (*Lebensführungsschuld*)⁽⁹⁷⁾. Se lo stato liberale, che si pretende neutrale, non ha standard morali e può di conseguenza limitarsi a punire solo l'atto, il diritto penale nazionalsocialista punisce i *Tätertypen*. I concetti di antigiuridicità, colpa, *Tatbestand* perdono significato nella dogmatica penale nazista: il fatto è sintomo della ribellione dell'autore alla comunità, rivela la particolare tipologia di volontà e la personalità del reo e limita in qualche misura l'inizio della punibilità. Proprio tale svolta dal fatto all'autore, dal *Tatbestand* alla volontà, corrisponde ad un pensiero giuridico che vede l'essenza del reato non nella lesione di un ordine esterno e di un singolo bene giuridico, ma nella lesione della comunità dal suo interno⁽⁹⁸⁾. La dottrina penale del fascismo è invece, secondo Dahm, estranea al *Willensstrafrecht*, perché considera il reato una violazione della norma e dell'esterno ordine autoritario. Fattispecie legislativa e antigiuridicità sono essenziali per la definizione di illecito penale e la colpa fa chiaramente riferimento al reato oggettivamente esistente⁽⁹⁹⁾.

(97) Così E. WOLF, *Vom Wesen des Täters*, Tübingen, Mohr, 1932; E. MEZGER, *Il diritto penale tedesco del presente*, in « Rivista di diritto penitenziario », XII (1941), 6, pp. 857-858; cfr. sul punto R. GROSS, *Guilt, Shame, Anger, Indignation. Nazi Law and Nazi Morals*, in *The Law in Nazi Germany. Ideology, Opportunism, and the Perversion of Justice*, A.E. Steinweis, R.D. Rachlin (eds.), New York-Oxford, Berghahn, 2013, pp. 89-103.

(98) DAHM, *Nationalsozialistisches und faschistisches Strafrecht*, cit., pp. 18-19. Cfr. anche R. VOZZI, *La riforma del diritto penale in Germania. Il memoriale del Ministro della Giustizia in Prussia*, in « Rivista di diritto penitenziario », VI (1935), 3, pp. 599-617.

(99) DAHM, *Nationalsozialistisches und faschistisches Strafrecht*, cit., p. 19. Secondo DONNEDIEU DE VABRES, *La politique criminelle*, cit., pp. 37-38, un sistema legislativo che subordina e proporziona l'applicazione della pena all'esistenza e alla gravità dei fatti esteriori, secondo l'orientamento classico o neo-classico, è proprio di un governo liberale, mentre « un pouvoir autoritaire s'immisce volontiers dans le for de la conscience ». Il legislatore fascista, continua il professore francese, segue questo orientamento, ma « avec mesure et discernement », grazie alla moderazione dettata dalla scuola tecnico-giuridica che ha seguito una via mediana tra l'oggettivismo classico e l'individualizzazione positivista. Sull'accentuazione dell'elemento soggettivo nel codice Rocco, cfr. NEPPI MODONA, PELISSERO, *La politica criminale*, cit., p. 788.

9. *La rivoluzione penale nazista ispirata al concetto di Volksgemeinschaft.*

In realtà, sottolinea Henry Donnedieu de Vabres, nonostante l'enfasi con la quale i giuristi tedeschi insistono sulla novità del *Willensstrafrecht*, tale teoria non è particolarmente innovativa rispetto al diritto penale, già autoritario, del Secondo Reich: « la tendance commune à tous les gouvernements autoritaires est de promouvoir l'élément psychologique de l'infraction », che permette di arrestare in anticipo il corso di attività pericolose, di praticare, se necessario, una vera inquisizione e di por fine alla volontà criminale⁽¹⁰⁰⁾. Più in generale, « la tendance psychologique est commune aux législations modernes, autoritaires ou non, qui sont orientées vers l'individualisation de la peine »⁽¹⁰¹⁾. Il 'volontarismo' del penale nazionalsocialista, continua il penalista francese, perde di originalità se confrontato con la tendenza ampiamente diffusa già a partire da fine Ottocento in tutti gli stati, autoritari e non, a valorizzare nel reo personalità, tendenza a delinquere, pericolosità, caratteristiche fisio-psichiche, inclinazione. Certo la teoria dei tipi d'autore, inserita nel quadro politico della *Rechtserneuerung* nazista, cerca una discontinuità con il quadro teorico-criminologico precedente⁽¹⁰²⁾.

⁽¹⁰⁰⁾ DONNEDIEU DE VABRES, *La politique criminelle*, cit., p. 94.

⁽¹⁰¹⁾ *Ivi*, p. 95.

⁽¹⁰²⁾ La teoria dei tipi d'autore era comunque assai dibattuta anche tra i giuristi di regime, cfr., ad es., P. BOCKELMANN, *Aussprache*, in « Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft », 60 (1941), pp. 417-423. Per un'elaborazione dogmatica più estesa di questa nozione, con la distinzione tra *normativer Tätertypus* e *kriminologischer Tätertypus*, cfr. WOLF, *Vom Wesen des Täters*, cit.; G. DAHM, *Der Tätertyp im Strafrecht*, Leipzig, Theodor Weicher, 1940, specie pp. 24-29; questo ultimo libro è recensito da G. BETTIOL in « Rivista italiana di diritto penale », 1940, pp. 462-463, il quale sottolinea che il « tipo normativo d'autore [...] non ha nulla a che vedere con una concezione criminologica dello stesso quale essa è caldeggiata dai positivisti », e rappresenta, nella spiegazione di Dahm, « un criterio fondamentale interpretativo ». Più diffusamente, un'analisi critica della teoria e una spiegazione delle differenze rispetto ai tipi criminologici sono in G. GUARNIERI, *Il delinquente tipo*, Milano, F.lli Bocca, 1942; G. BETTIOL, *Azione e colpevolezza nelle teorie dei "tipi" di autore*, in « Rivista italiana di diritto penale », XIV (1942), ed ora in *Id.*, *Scritti giuridici*, II, Padova, Cedam, 1966, pp. 535-564; sulla posizione critica di Bettiol nei confronti delle dottrine penalistiche naziste (compresa quella dei tipi d'autore) e fasciste cfr. G. MARINUCCI, *Giuseppe Bettiol e la crisi*

La valutazione e la condanna della personalità sono, sicuramente, elementi essenziali del *nationalsozialistisches Strafrecht*, ma esso, in netta discontinuità con l'approccio criminologico, rifiuta ogni approccio deterministico di tipo sociologico: è, al contrario, la 'costituzione' del popolo-nazione, ovvero i valori, le tradizioni, le convinzioni morali, politiche, religiose in cui il *Volk* si riconosce, a fungere da parametro per misurare quanto il reo se ne allontani o vi si contrapponga, per sua libera scelta o per predisposizione⁽¹⁰³⁾. Lo stato liberale, accusa Freisler, porta alla disintegrazione non solo di valori condivisi ma anche di visioni di vita comuni: il concetto di pena come espiazione quasi scompare e, di conseguenza, solo ciò che è percettibile sensorialmente sembra rilevante giuridicamente. Il penale liberale, nella sua versione criminologica, arriva così al punto da negare il libero arbitrio e inizia a considerare l'agire dell'uomo come condizionato da cause e fattori fisici, sociali e ambientali: muovendo da questi presupposti si sostiene che la società non ha il diritto di punire, ma solo il diritto-dovere di auto-difendersi, rieducando e reinserendo il detenuto nell'ordine sociale. Ma la difesa della sfera di libertà individuale, e dunque del relativismo valoriale, vanifica, di fatto, il modello riabilitativo perché mancano modelli di comportamento riconosciuti ed oggettivamente validi che sono il presupposto di una vera rieducazione.

Il codice Rocco sceglie la via più tradizionale del doppio binario, esito di una lunga riflessione europea che, per i più scettici, mira « a conciliare l'inconciliabile »⁽¹⁰⁴⁾, ma che, per la penalistica maggioritaria, rappresenta il miglior compromesso possibile tra pena retributiva fondata sul libero arbitrio e misure preventive di difesa dalla pericolosità sociale⁽¹⁰⁵⁾. La dottrina nazionalsocialista vuole,

del diritto penale negli anni Trenta, in « Quaderni fiorentini », 37 (2008), pp. 325-347. Per una ricostruzione delle posizioni dogmatiche a confronto cfr. A.A. CALVI, *Tipo criminologico e tipo normativo d'autore*, Padova, Cedam, 1967; M. FROMMEL, *Die Bedeutung der Tätertypenlehre bei der Entstehung des § 211 StGB im Jahre 1941*, in « Juristen Zeitung », 35 (1980), pp. 559-564; MARXEN, *Der Kampf*, cit., pp. 208-211.

⁽¹⁰³⁾ FREISLER, *Der Wandel der politischen Grundanschauungen*, cit., p. 448.

⁽¹⁰⁴⁾ Così criticamente U. SPIRITO, *La riforma del diritto penale*, Roma, De Alberti, 1926, p. 26.

⁽¹⁰⁵⁾ In questo senso, ad es., L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Un viaje al Brasil: impresiones de un conferenciante, seguidas de un estudio sobre el derecho penal brasileño*, Madrid,

invece, andare oltre questa logica di compromesso che considera ancora troppo legata agli equilibri liberali e fonda il dualismo di pene e misure di sicurezza su altri presupposti teorici; senza prendere posizione sulla vieta diatriba in tema di libero arbitrio ⁽¹⁰⁶⁾, essa cerca di tenere armonicamente insieme la pena come espiazione, la pena come difesa della comunità popolare e le misure di sicurezza. A chi critica questo ibridismo logicamente e dogmaticamente incoerente, perché la punizione basata su criteri razziali-biologici ed ispirata ad una *ratio* difensiva è incongruente con l'idea di espiazione che presuppone una colpa, la quale, a sua volta, mal si concilia con *Sicherungsverwahrungen* giustificate dalla pericolosità ⁽¹⁰⁷⁾, i giuristi del *Reich* replicano che « motivi direttivi così apparentemente diversi eppure soltanto apparentemente inconciliabili s'intrecci[a]no nel diritto penale tedesco del presente: un diritto penale della volontà consapevole della responsabilità e contemporaneamente con esso un diritto di sicurezza pensato puramente in modo biologico » ⁽¹⁰⁸⁾.

Editorial Reus, 1929, p. 109-116; E. CARNEVALE, *Il principio progressivo della legge penale e i problemi odierni*, in « Rivista di diritto penitenziario », IX (1938), 3, pp. 435-43; sulla scelta del doppio binario nel codice del 1930 e le sue ambiguità mi permetto di rinviare a M. PIFFERI, *Difendere i confini, superare le frontiere. Le 'zone grigie' della legalità penale tra Otto e Novecento*, in « Quaderni fiorentini », 36 (2007), specie pp. 790-799.

⁽¹⁰⁶⁾ H. FRANK, *Nationalsozialistische Strafrechtspolitik*, München, Zentralverlag der NSDAP, 1938, p. 34, spiega che per tutte le categorie di rei « spielt das Problem der Willensfreiheit keine Rolle »: poiché la vita in società comporta obblighi, nessun membro della comunità può essere esonerato dalla responsabilità che ha nei confronti della comunità per le proprie azioni; la questione ha un interesse filosofico, ma il legislatore, che deve creare un ordinamento popolare, non può perdersi nelle profondità psichiche della manchevole condotta umana e « ohne tiefere Erörterung des Problem der Willensfreiheit muss er die verbrecherische Aktivität treffen ».

⁽¹⁰⁷⁾ Il riferimento è, in particolare, agli scritti di Filippo Grisigni e a quelli, in risposta, di Edmund Mezger, pubblicati su varie riviste e poi raccolti, assieme ad un breve capitolo conclusivo del giurista tedesco, nel volume F. GRISPIGNI, E. MEZGER, *La riforma penale nazionalsocialista*, Milano, Giuffrè, 1942; di 'ibridismo' della teoria tedesca parla espressamente F. GRISPIGNI, *I principii fondamentali del nuovo diritto penale germanico*, ivi, p. 61.

⁽¹⁰⁸⁾ E. MEZGER, *Retribuzione e difesa nel nuovo diritto penale germanico*, ivi, pp. 39-40. Secondo Mezger (ivi, pp. 37-38), « il puro pensiero della difesa, cioè l'esclusiva relazione delle misure giuridico-penali alla determinazione causale (nella quale rientra anche ogni esatta 'prognosi' di condotta futura) è realizzata nelle misure di sicurezza e

La giustificazione della pena non rappresenta alcun problema nella dottrina nazista, la quale, fondata sull'idea di unità tra *Volk* e *Staat* e sul valore dell'individuo solo in quanto membro della comunità, riconosce la necessità della pena-espiazione come l'unico modo perché il reo risponda al suo compito di *Volksglied* ⁽¹⁰⁹⁾, e non accetta la possibilità che sia la società stessa (e dunque, indirettamente, lo stato che la regola) ad aver determinato i fattori criminogenetici ⁽¹¹⁰⁾. Non c'è spazio per la classica general-prevenzione, né

di miglioramento [...] Di fronte a ciò la pena in senso stretto si dirige fondamentalmente ad un'istanza del tutto diversa [...] e precisamente alla determinazione *personale* della condotta»; la concezione indeterministica si basa sull'idea che « l'autore avrebbe (anche se entro certi limiti dati dall'esperienza) potuto anche agire diversamente », e tale è il fondamento della pena-colpa, rispetto alla quale, tuttavia, si parla di « necessità 'etica' e di una colpa 'etica' [...] Quando il Nazionalsocialismo parla di 'etica', esso pensa all'etica della comunità vincolante per i singoli (quindi ad un comando 'eteronomo' in senso kantiano, derivante dalla volontà popolare) »; nello stesso cfr. MEZGER, *Il diritto penale tedesco del presente*, cit., pp. 853-856; W. SAUER, *Criteri del giudice nell'applicazione della pena per una lotta efficace contro il reato*, in « Rivista di diritto penitenziario », X (1939), 3, specie pp. 611-612.

⁽¹⁰⁹⁾ Su questo aspetto cfr. anche F. GÜRTNER, *I concetti direttivi della nuova esecuzione penale tedesca*, in « Rivista di diritto penitenziario », X (1939), 3, p. 593: « Nel diritto penale Nazionalsocialista il concetto di espiazione è fuori discussione »; cfr. anche JOUANJAN, *Justifier l'injustifiable*, cit., p. 200; ZAFFARONI, *Doctrina penal nazi*, cit., pp. 155-160.

⁽¹¹⁰⁾ G. RADBRUCH, *Autoritäres oder soziales Strafrecht?* (1933), in Id., *Gesamtausgabe* (hrsg. A. Kaufmann), vol. 8, *Strafrecht II*, Heidelberg, Müller Verlag, 1998, pp. 232-233, sottolinea come il diritto penale nazionalsocialista rifiuti ogni valutazione del reato come fenomeno sociale determinato da condizionamenti ambientali e adotti una prospettiva che valorizza invece la predisposizione dei delinquenti, la loro condizione di « geborene Untermenschen », quindi incorreggibili, che pone le premesse per un diritto penale selettivo, di neutralizzazione, « ein rein selektiv-terroristisches Strafrecht »; nello stesso senso anche Id., *Strafrechtsreform und Nationalsozialismus* (1933), in Id., *Gesamtausgabe* (hrsg. A. Kaufmann), vol. 9, *Strafrechtsreform*, Heidelberg, Müller Verlag, 1992, pp. 332-333. Sull'importanza della predisposizione nella criminologia nazista, cfr. ad es. le posizioni espresse da Graf Gleispach all'IKV del 1932, in *Mitteilungen der Internationale Kriminalistischen Vereinigung*, Neue Folge 6. Band, 25. *Tagung der Deutschen Landesgruppe zu Frankfurt a. M. am 12. Und 13. September 1932*, Berlin-Leipzig, Walter De Gruyter, 1933, pp. 160-171; A. LENZ, *Kriminogene Disposition und Struktur*, in *Handwörterbuch der Kriminologie*, cit., pp. 62-67. L'argomento dello stretto rapporto tra regime politico e modello criminologico è poi ripreso anche da H. MANNHEIM, *Social Aspects of Crime in England Between the Wars*, London, George Allen & Unwin Ltd, 1940, pp. 24-25.

per la positivistico-sociologica prevenzione individuale, « sondern *Sozialprävention* » intesa come adeguamento dei rei alla *Volksgemeinschaft* o esclusione dalla stessa ⁽¹¹¹⁾. Nell'esecuzione della condanna, non ci sono diritti dei detenuti, non esiste alcuna lisztiana *magna charta* dei criminali, né alcun fine rieducativo ⁽¹¹²⁾ ma, conformemente ad un'idea di giustizia sostanziale, vi è spazio solo per una pena severa, invariabile e certa ⁽¹¹³⁾.

La differenza tra diritto penale della volontà e del fatto concerne diverse visioni politiche generali: mentre nel nazismo c'è un *völkisches Gemeinschaftsstrafrecht*, fondato sulla interna coesione dei membri, nel fascismo l'ordinamento penale esterno è edificato dallo stato con una precisa definizione dei beni giuridici e delle competenze; la forma archetipica di reato in Germania è il tradimento della comunità, in Italia il delitto contro l'ordinamento dello stato ⁽¹¹⁴⁾. L'aspetto che, forse più di ogni altro, caratterizza il diritto penale nazionalsocialista è, però, secondo Donnedieu de Vabres, la preponderanza del « point de vue *racial* ». Lo scopo fondamentale della nuova politica criminale è l'epurazione. Tale fine è in rapporto con il carattere 'basso, vergognoso, riprovevole' degli atti colpiti dall'intervento repressivo, e dà conto della funzione assegnata alla pena: nella misura in cui non servirà alla eliminazione dei malfattori, essa tende comunque a stigmatizzarli, a umiliarli, a ridurre la loro capacità di nuocere, a privarli del loro rango, « ainsi, elle servira à la *sélection* » ⁽¹¹⁵⁾.

⁽¹¹¹⁾ E. WOLF, *Krisis und Neubau der Strafrechtsreform*, Tübingen, Mohr, 1933, p. 41.

⁽¹¹²⁾ Sulla scomparsa del fine rieducativo nella giustizia penale nazista, cfr., ad es., J.W. JONES, *The Nazi Conception of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1939, p. 29; G. RUSCHE, O. KIRCHHEIMER, *Punishment and Social Structure*, New York, Russell & Russell, 1939, p. 191.

⁽¹¹³⁾ FREISLER, *Der Wandel der politischen Grundanschauungen*, cit., pp. 452-454.

⁽¹¹⁴⁾ DAHM, *Nationalsozialistisches und faschistisches Strafrecht*, cit., p. 20.

⁽¹¹⁵⁾ DONNEDIEU DE VABRES, *La politique criminelle*, cit., pp. 119; 122.

10. *Le 'lezioni' del penale autoritario.*

Il diritto penale autoritario, nelle sue diverse manifestazioni in Italia e Germania, segna, dunque, una rottura con la tradizione costituzionale liberale, ma rappresenta anche un momento di discontinuità rispetto al movimento (o ai movimenti) riformista di carattere criminologico. Non vi è spazio, in questa sede, per affrontare il problema storiografico dell'influenza che le teorie della scuola positiva o di quella sociologica hanno esercitato sulle scelte di politica criminale dei regimi fascista e nazista ⁽¹¹⁶⁾, ma certamente, sia negli anni Trenta del Novecento sia nel dopoguerra, le esperienze dei totalitarismi in campo penale hanno costretto la cultura giuridica a ripensare alle ragioni dei fallimenti dei progetti progressisti di riforma e ai motivi dell'ascesa di modelli autoritari.

Nelle sue conferenze del 1937, Henry Donnedieu de Vabres sostiene che dalle politiche criminali dei regimi autoritari debbano trarsi lezioni di realismo, di solidarismo e di severità ⁽¹¹⁷⁾. Di realismo, perché gli ormai datati codici retributivi di ispirazione liberale hanno dovuto, in modo artificiale, adattare le loro vecchie costruzioni alla realtà in trasformazione e si sono riempiti di finzioni ⁽¹¹⁸⁾, le quali hanno instaurato un « *arbitraire légal* » non meno pericoloso di quello giudiziario e fanno sì che il sistema repressivo

⁽¹¹⁶⁾ Insistono sulle continuità tra teorie criminologiche e caratteri del penale autoritario, specie nel regime nazista, ad es., L. LUSTGARTEN, "A Distorted Image of Ourselves": Nazism, "Liberal" Societies and the Qualities of Difference, in *Darker Legacies*, Joerges, Singh Ghaleigh (eds.), cit., pp. 113-132; N. RAFTER, *Criminology's Darkest Hour: Biocriminology in Nazi Germany*, in « The Australian and New Zealand Journal of Criminology », 41 (2008), pp. 287-306; F. MUÑOZ CONDE, *La herencia de Franz von Liszt*, in « Revista Penal México », 2 (2012), pp. 57-73. Per una rilettura critica dei rapporti tra positivismo e fascismo cfr. MILETTI, *Giustizia penale e identità nazionale*, cit., pp. 698-703, secondo il quale « Il fascismo, insomma, riciclò a fini propri l'armamentario repressivo positivisticò, ma non lo elevò a linea guida » (p. 702). Per un'analisi delle ambiguità ma anche delle cesure tra riformismo criminologico e penale autoritario, mi permetto di rinviare a M. PIFFERI, *Criminology and the rise of authoritarian criminal law (1930s-1940s)*, in *Ideology and Criminal Law under Fascist, National-Socialist and Authoritarian Regimes*, S. Skinner (ed.), London et al., Bloomsbury, 2019 (in corso di pubblicazione).

⁽¹¹⁷⁾ DONNEDIEU DE VABRES, *La politique criminelle*, cit., pp. 201-223.

⁽¹¹⁸⁾ Ivi, pp. 202-203: per esempio le finzioni di punire il complice come l'autore principale; dell'incorreggibilità del delinquente d'abitudine; della riabilitazione

muoia di arteriosclerosi ⁽¹¹⁹⁾. Lezione di solidarismo perché la politica criminale ereditata dalla scuola liberale pecca di difetto del senso collettivo e sociale, con la subordinazione, contraria a quella dei regimi autoritari, dell'interesse generale agli interessi particolari ⁽¹²⁰⁾. La superiorità dei governi autoritari a questo riguardo consiste, invece, nel fatto che, con la scusa di ascoltare e seguire la coscienza del popolo, in realtà la crea e l'orienta « dans le sens de l'intérêt collectif, au nom duquel ils élèvent une voix forte » ⁽¹²¹⁾. Infine, la lezione di severità richiama il problema della crisi del modello retributivo-repressivo e l'eccessiva indulgenza di giudici e giurati, riflesso dell'individualismo dilagante, temi già denunciati nei primi decenni del '900 ⁽¹²²⁾. La soluzione, sostiene il giurista francese, non può essere lasciata all'estemporanea azione compensatrice di parte della giurisprudenza che, volendo colmare le lacune della legge penale, si vota all'instabilità e all'incoerenza generando incertezza e insicurezza nell'ordinamento giuridico ⁽¹²³⁾.

Donnedieu de Vabres vede un altro elemento di superiorità dei regimi autoritari sui regimi liberali nel loro « sens de l'actualité », nel vigore giovanile, nella capacità di rispondere ai bisogni nuovi che si manifestano. I governi degli stati democratici rispettano certamente principi alti di giustizia e uguaglianza, ma hanno il torto di non aver per nulla cambiato la loro politica criminale in un tempo di stravolgimenti economico-sociali. Se gli stati democratici vogliono

legale; dell'idea che la giuria rappresenti la volontà e la sovranità popolare; della tipizzazione dell'uomo delinquente.

⁽¹¹⁹⁾ Ivi, pp. 203-204.

⁽¹²⁰⁾ Ne sono indici il fatto che la moralità pubblica non sia protetta contro immagini oscene, la pubblicità scandalosa di giornali che influenzano spiriti deboli e giovani; la mancanza di difesa dell'istituzione familiare; il fatto che la salute della razza non sia salvaguardata contro il flagello dell'alcolismo; le eccessive formalità dell'istruzione preparatoria; la preoccupazione di garantire la libertà della difesa, di salvaguardare gli interessi della parte civile, che hanno portato ad una brutta imitazione del processo britannico e all'abbandono della secolare tradizione del rito inquisitorio (ivi, pp. 205-206).

⁽¹²¹⁾ Ivi, p. 206.

⁽¹²²⁾ Dimostrata dall'abuso del *sursis*, dall'uso frequente di attenuanti, dalla prodigalità di amnistie, dalla sovra-estimazione di interessi particolari e dall'atrofia del senso del collettivo (ivi, pp. 207-208).

⁽¹²³⁾ Ivi, p. 211.

scongiurare una rivoluzione in senso autoritario, dovranno dunque provvedere, in primo luogo, alla « *socialisation* du droit pénal », in modo che esso non sia più sordo al fenomeno del *groupement*, della dimensione collettiva del sociale ⁽¹²⁴⁾, e, in secondo luogo, ad un rafforzamento del penale preventivo, senza tuttavia, come accaduto negli stati autoritari, relegare in secondo piano la riabilitazione individuale rispetto alla prevenzione collettiva ⁽¹²⁵⁾.

La riflessione a chiaroscuri di Donnedieu de Vabres, che come noto sarà poi giudice al processo di Norimberga, offre un quadro esemplificativo della crisi e delle sfide della penalistica 'liberale' europea degli anni Trenta: se, per un verso, è criticata la rottura autoritaria con i fondamenti costituzionali del liberalismo, che neppure il movimento riformatore aveva mai osato mettere apertamente in discussione, per altro verso si riconosce la necessità di un profondo ripensamento dei fondamenti del diritto penale e delle politiche criminali per scongiurare il richiamo delle sirene totalitarie. Alla scienza giuridica del dopoguerra, anche in Italia e in Germania, spetterà il compito difficile di liberarsi dall'ingombrante eredità della legislazione totalitaria e ricucire i fili dell'interrotto percorso riformatore con i nuovi ordinamenti democratico-costituzionali.

⁽¹²⁴⁾ Ivi, pp. 212-215.

⁽¹²⁵⁾ Ivi, pp. 215-218.

BARTOLOMÉ CLAVERO

TERRA AUSTRALIS NULLIUS:
JURISPRUDENCIA, HISTORIOGRAFÍA, ANTROPOLOGÍA,
MEMORIA, FICCIÓN Y ROCK BAJO EL SIGNO DE MABO

Tag mauki mauki, teter mauki mauki

Atente a tu camino, conténtate con tu tierra.

(Principio de derecho meriam) ⁽¹⁾.

Wasn't long before they felt the sting,
white man, white law, white gun.

(Letra de canción rock) ⁽²⁾.

1. Un país llamado *Terra Nullius*. — 2. Caso australiano en escenario de derecho internacional y anomía constitucional. — 3. Reto e impacto historiográficos de *Mabo*. — 3.1. Título de derecho indígena entre historiografía y jurisprudencia. — 3.2. Mitología histórica y distopía jurídica de la doctrina de *terra nullius*. — 4. Lo que la sentencia dijo y lo que no dijo: la parábola del colonialismo. — 5. *Terra nullius* como genocidio y otras decodificaciones de derecho y de historia. — 5.1. Genocidio, derecho internacional e historia constituyente. — 5.2. La historia redentora y los límites culturales de la historiografía profesional.

⁽¹⁾ Nonie SHARP, *Malo's Law in Court: The Religious Background to the Mabo Case*, en *Religious Business: Essays on Australian Aboriginal Spirituality*, ed. Max Charlesworth, Melbourne, Cambridge University Press (CUP), 1998, cap. 9, pp. 180-181. *Malo's Law* es una forma religiosa de decir derecho meriam. El meriam es el pueblo del pequeño archipiélago de las Islas Murray, cuyo caso nos va a ocupar.

⁽²⁾ <https://www.youtube.com/watch?v=GqxX9YDL0tk>, grupo GOANNA, *Solid Rock*, del álbum *Spirit of Place*, Warner Music Group Australia, 1982, pista 2, ed. remasterizada y ampliada, 2003, con versión también en vivo, pista 17; siempre con acompañamiento de didyeridú y con doblete en lengua indígena que no se identifica, quizás yorta-yorta: <https://www.youtube.com/watch?v=XE62llQVklw>. Me dio la pista el encabezamiento de Claire G. COLEMAN, *Terra Nullius: A Novel*, Sidney, Hachette, 2017. Goanna es el nombre de un reptil austral muy presente en creaciones culturales indígenas.

1. *Un país llamado Terra Nullius.*

Terra nullius se traduce por tierra de nadie. En la jerga jurídica que tanto ama el uso de latinajos como si imprimiesen autoridad por la suposición supremacista de que la lengua muerta de un derecho atávico europeo en estado hoy de respiración asistida cuenta con capacidad de predicación universal, *terra nullius* es territorio habitado a cuya población no se le reconoce por parte de un orden presuntamente natural, de la naturaleza humana, ni gobierno ni dominio en propia casa por reputársele no civilizada, no situada ni de lejos a las alturas de Europa: « Land to which no European state as yet lays claim. Land that justly falls to the first European state to invade the territory »⁽³⁾. En un mundo así de sutil de latinajos, no solo desde luego el de *terra nullius*, vamos a tener que venir a situarnos⁽⁴⁾. Desde el propio título de este trabajo, resulta difícil eludirlos. *Terra Australis Nullius* no es exactamente lo mismo que tierra austral de nadie.

Terra nullius es especie de fantasma que ha venido a posarse sobre Australia. Como nombre propio, con la doble mayúscula, *Terra Nullius* denomina hoy a su continente y a sus islas⁽⁵⁾. Hay más

⁽³⁾ Sven LINDQVIST, *Terra Nullius: A Journey Through No One's Land* (2005), trad. Sarah Death, Londres, Granta, 2007, definiciones de arranque. La versión inglesa del original sueco está actualizada (n. 166).

⁽⁴⁾ Hay guía: Aaron X. FELLMETH y Maurice HORWITZ, *Guide to Latin in International Law*, Nueva York, Oxford University Press (OUP), 2009, con definición aséptica o, mejor dicho, sesgada de *terra nullius* (p. 277), quiero decir sin reflejo de su entidad colonial: « Land or territory on which no state exercises sovereignty but that is open to claims of exclusive rights or peaceful occupation by any state with the intention of acquiring sovereignty over it », y con esa presunción contrafactual de un carácter pacífico. Es abstracción usual entre iusinternacionalistas: Malcolm N. SHAW, *International Law* (1997), Cambridge, CUP, 2017, p. 364: « Apart from territory actually under the sovereignty of a state, international law also recognizes territory over which there is no sovereign. Such territory is known as *terra nullius* », no diciéndose que lo que no haya sea gente.

⁽⁵⁾ Robert CLARKE, *Travel Writing from Black Australia: Utopia, Melancholia, and Aboriginality*, Nueva York, Routledge, 2016, cap. 6: *Dark Places: The Ghosts of Terra Nullius*; en prefacio, p. VIII: « It still felt as though the nation was dominated by a stifling 'white Australian' ethos, a shameful reluctance to acknowledge the history of the European invasion of the continent and a failure to respect the sovereignty of its Indigenous citizens », lo que va perfilando de paso el universo donde vamos a movernos.

de un libro que versa sobre tribulaciones australianas que ostentan dicho título sin necesidad de un subtítulo que aclare de qué latitudes se trata (6). ¿Qué tiene que ver *Terra Nullius*, Australia, con *terra nullius*, tierra de nadie? Algo se barrunta si observamos que algunos de estos libros son obras de ficción que intentan dar voz a la experiencia indígena tras su padecimiento aún no restañado de colonialismo de origen europeo, concretamente británico (7). Con minúsculas, *terra nullius* ya también se ha convertido en figura de lenguaje cosmopolita: «The entire world can be turned into *terra nullius*» por una hecatombe nuclear (8). Nombre exclusivo o pluralente, Australia sería en todo caso *terra nullius by design*, tierra de nadie por excelencia mediante diseño colonial. Ningún otro caso

(6) LINDQVIST, *Terra Nullius*, cit.; T.D. MCKINNON, *Terra Nullius*, La Vergne, CreateSpace, 2011; Margaret VISCIGLIO VECCHIO, *Terra Nullius and Other Stories*, Adelaide, Ginninderra, 2015; COLEMAN, *Terra Nullius*, cit. Tal es el título de la obra de Lindqvist desde la edición original, en sueco, y en otras traducciones, salvo en una estadounidense que lo relega a subtítulo: S. LINDQVIST, *The Dead Do Not Die: 'Exterminate All the Brutes' and Terra Nullius*, introducción de Adam Hochschild, Nueva York, The New Press, 2014, incluyéndose así junto a su anterior '*Exterminate All the Brutes: One's Man Odyssey into the Heart of Darkness and the Origins of European Genocide*' (1992), trad. Joan Tate (de la segunda edición sueca), Nueva York, The New Press, 1997, sobre África, América y ya también Australia. *The Dead Do not Die* es primeramente el título de un capítulo de *Terra Nullius*. Hay otra compilación en inglés de sus escritos africanos: S. LINDQVIST, *Sabaran Journey*, Londres, Granta, 2012.

(7) COLEMAN, *Terra Nullius*, cit., p. 131: «Terra Nullius was a legal fiction, a declaration used to justify the invasion of Australia»; se publica como «winner of the *black&write!* State Library of Queensland Fellowship 2016»; la autora pertenece al pueblo nyungar. MCKINNON, *Terra Nullius*, cit., p. 206: «And what is terra nullius?»; el autor es escocés y su voz indígena, esforzada pero ventrílocua; la asemeja a la irlandesa y a la escocesa en las figuras de un abogado defensor y un rebelde cimarrón respectivamente. Coleman representa la voz indígena por toda la población australiana bajo la invasión de extraterrestres que se comportan tal y como los británicos lo habían hecho siglos antes con los aborígenes.

(8) S. LINDQVIST, *Terra Nullius*, en *The Dead Do Not Die*, cit., libro segundo (ed. también de las citas posteriores), p. 315, a propósito de las pruebas nucleares británicas en zonas indígenas de Australia entre 1952 y 1963; ID., *A History of Bombing* (1999), Nueva York, The New Press, 2003, pp. 139-141 y las referencias de *Bombing the Savages* en su preliminar *Ways into de Book*.

merecería tal apelativo propio de *Terra Nullius*, tierra de nadie en el sinsentido de no ser tierra de su propia gente ⁽⁹⁾.

Australia puede tener hoy el apodo de *Terra Nullius* por una razón muy precisa. En 1992, entre tantos gestos que este año se tuvieron por doquier con los pueblos indígenas, su Alta Corte federal emitió una sentencia, *Mabo and Others versus the State of Queensland*, unos individuos contra un Estado de la Commonwealth australiana, decidiendo dos cosas: que Australia había sido *terra nullius* y que Australia dejaba de ser *terra nullius*. He aquí entonces una cuestión de historia jurídica de presente que abre cuestiones de historia jurídica de pasado. Ni que hubiera habido ni que dejara de haber *terra nullius* son datos ciertos porque una alta jurisdicción así lo decida. Esa misma denominación de Australia, lo mismo que su referencia también eventualmente más o menos identificativa por otras latitudes, no parece anterior a 1992 ⁽¹⁰⁾. « Terra nullius, now

⁽⁹⁾ Stuart BANNER, *Possessing the Pacific: Land, Settlers, and Indigenous Peoples from Australia to Alaska*, Cambridge Mass., Harvard University Press (HUP), 2007, cap. 1: *Australia: Terra Nullius by Design*, arrancando, p. 13, con la definición del diseño: « The British treated Australia as *terra nullius* — as unowned land. Under British colonial law, Aboriginal Australians had no property rights in the land ». No deja, sin embargo, de hacer presente la calificación de *terra nullius* en otros casos como, en las Américas, los de California (cap. 5), British Columbia (cap. 6, del que diré) y Alaska (cap. 9), pero entendiendo que éstos no respondieron a marca de fábrica, sino a deriva desde políticas menos ninguneadoras. Para una crítica a Banner en el sentido de que la *terra nullius* habría estado aún más extendida, Edward CAVANAGH, *Possession and Dispossession in Corporate New France, 1600-1663: Debunking a 'Juridical History' and Revisiting 'Terra Nullius'*, en « Law and History Review », 32 (2014), 1, pp. 97-125.

⁽¹⁰⁾ C.H. ALEXANDROWICZ, *The Law of Nations in Global History (1954-1980)*, eds. David Armitage y Jennifer Pitts, Oxford, OUP, 2017, hace uso de *terra nullius* como tierra habitada que se entiende sin soberano propio, pero no la aplica especialmente a Australia. Paul TENNANT, *Aboriginal Peoples and Politics: The Indian Land Question in British Columbia, 1849-1989*, Vancouver, University of British Columbia Press (UBCP), 1990, no hace uso; con *Mabo* de por medio, Boyce RICHARDSON, *People of Terra Nullius: Betrayal and Rebirth in Aboriginal Canada*, Madeira Park, Douglas and MacIntyre, 1994; BANNER, *Possessing the Pacific*, cit. cap. 6: *British Columbia: 'Terra Nullius as Kindness'*; e incluso, haciendo ahora uso, el mismo TENNANT, *Aboriginal Peoples and Aboriginal Title in British Columbia Politics, in Politics, Policy, and Government in British Columbia*, ed. R.K. Carty, Vancouver, UBCP, 1996, cap. 4. Anterior a *Mabo*, LINDQVIST, *'Exterminate All the Brutes'*, cit., no emplea todavía ni una sola vez la expresión de *terra nullius* para la ocupación colonial de territorios no europeos, aun teniendo continuas

no longer an abused doctrine », es lo que en todo caso ya parece que tenemos ⁽¹¹⁾. Y tal fue la repercusión social de la sentencia que hoy *Terra Nullius* es insignia distintiva de Australia ⁽¹²⁾. Por esas antípodas europeas no hace falta apellidar *Terra Nullius* como *Australis* para saber qué país designamos. Hay nombres coloniales de verdadero éxito: desde pronto, *Mundus Novus, America*; ahora, para *Australia, Terra Nullius*. Todos son, Australia y América inclusive, nombres tales, coloniales ⁽¹³⁾.

Vamos a contemplar cómo Australia se convierte en *Terra Nullius* moviéndonos entre jurisprudencia, historiografía, antropología, memoria, ficción y rock, una serie de agencias no del todo ensimismadas dentro de sus respectivos nichos, aunque la concurrencia sea naturalmente desigual. Así acontece incluso entre historiografía y antropología. La segunda se muestra por Australia bastante más activa a través de los procedimientos tanto judiciales como

ocasiones (p. ej., p. 166: « According to the *Lebensraum* theory, the Jews were a landless people, like the stunted hunting people of the African interior »). Su *Terra Nullius* viene tras *Mabo*.

⁽¹¹⁾ Joseph MALLARD, *Terra Nullius*, en « Law Text Culture », 4 (1998), 1, *In the Wake of Terra Nullius*, pp. 48-50 (50). « Where is our land, that used to be? », se había sin embargo interrogado el poema de R.L. GINIBI, *Terra Nullius*, en « Law Text Culture », 1 (1994), p. 13.

⁽¹²⁾ LINDQVIST, *Terra Nullius*, cit., p. 351: « On June 3, 1992, the Australian High Court outlawed the concept of *terra nullius* and ratified Aboriginal rights to the land where they lived and had always lived. The so-called Mabo Decision revised the whole historic and legal basis of Australia as a nation », bien que la misma decisión « proved to be worth less than initially hoped »; VISCIGLIO VECCHIO, *Terra Nullius*, cit., epílogo *About this book*: « The term *terra nullius* is a lie. Australia was not an *empty land* [...]. But the perception of the continent as empty persisted in the colonists' minds [...]. It is to Australia's shame that it took until 1992 when the Mabo vs Queensland case established native land rights ».

⁽¹³⁾ Literariamente, hay caso ahora de aplicación de *terra nullius* a Sudáfrica: Christine COATES, *Terra nullius — the Marikana Symphony*, en *Best 'New' African Poets: 2016 Anthology*, eds. Tendai R. Mwanaka y Daniel da Purificação, Bamenda, Langaa, 2017, pp. 140-141, con nota de aclaración sobre *terra nullius* conforme al derecho internacional que no hace explícita la connotación colonial. Marikana es el lugar de una masacre de mineros en 2012. También se ha aplicado el título a ficción sobre la colonización del sistema solar: *Terra Nullius*, eds. Kate Coe y Ellen Crosháin, Banbury, Grimbold, 2018. Por lo demás, *No Man's Land* o también *Waste Land* son motivos literarios sin relación con *terra nullius*.

administrativos interesantes a indígenas, como el mismo caso *Mabo* ilustra ⁽¹⁴⁾. He de advertir, sin embargo, que la impresión de desigualdad a favor en cambio de la historiografía puede aquí proceder de la parcialidad de mi competencia ⁽¹⁵⁾. Mi especialidad es la historia del derecho, bien que también vengo abrigando interés, aun con escasísima experiencia de campo, por la antropología de presente, especialmente por aquella que parte de un respeto a la humanidad indígena proponiéndose no reducirla a objeto parlante

(14) N. SHARP, *No Ordinary Judgment: Mabo, the Murray Islanders' Land Case*, Canberra, Aboriginal Studies Press, 1996; Bruce SHAW, *Expert witness or advocate? Emerging issues and future directions*, en la serie *Land, Rights, Laws: Issues of Native Title*, ed. George Boeck, vol. 2, paper 11, 2001; Peter SUTTON, *Native Title in Australia: An Ethnographic Perspective*, Melbourne, CUP, 2003, habiendo de bregar con el derecho; Paul BURKE, *Law's Anthropology: From ethnography to expert testimony in native title*, Canberra, Australian National University Press (ANUP), 2011, cap. 1: *Towards an Ethnography of Anthropology's Encounter with Modern Law*; Bryan KEON-COHEN, *Mabo in the Courts: Islander Tradition to Native Title — A Memoir*, Melbourne, Australian Scholarly Publishing, 2011 (el autor había sido el abogado de Mabo; no estuvo en buenos términos con la contribución de la antropología); Arthur J. RAY, *Aboriginal Rights Claims and the Making and Remaking of History*, Montreal, McGill-Queens University Press, 2016, caps 4: *Anthropologists, Historians, and the Title Claims of Aborigines in Australia*, y 8: *Courts, Commissions, and Tribunals as Forums for Interpreting and Making History* (introduciendo, pn. 271: « I became intrigued about the ways that opposing parties in this aboriginal title litigation drew upon the existing scholarly literatures from archaeology, ethnography, and history »).

(15) Hay factores que no considero, como el de la lingüística, aunque alguna referencia haré en relación a toponimia y patronimia; el de la geografía salvo para ubicar las islas del pueblo meriam; o el de la política en sentido gubernamental y legislativo, éste último de primer orden para la regulación del título indígena reconocido por *Mabo*. En particular, entre la presidencia laborista de Paul Keating (1991-1996) y la conservadora de John Howard (1996-2007), se produjo un giro pronunciado hacia políticas adversas a derechos de los pueblos indígenas (en términos legislativos, del *Native Title Act de 1993* al *Native Title Amendment Act de 1998*), con fuerte complicidad de un sector poco profesional de la historiografía, a cuyos colaboracionismo y negacionismo me limitaré a hacer alguna ligera alusión, como igualmente haré respecto al contexto político del caso *Mabo*. Asimismo trato de jurisprudencia tan sólo judicial, no de doctrina jurídica. En suma, me faltan conocimiento de lenguas indígenas, experiencia de política australiana y una mayor pericia en un *common law* cuyo desenvolvimiento hoy se mueve entre judicaturas independientes de Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Australia y otras antiguas colonias británicas.

pero pasivo de observación (16). Indígena conviene dejar registrado que no lo soy. Pertenezco al sector beneficiario del colonialismo. Especificando todo esto cumplo con el requerimiento de autolocalización más característico de la antropología que de la historiografía o de la jurología (17).

El asunto importa a Australia, pero también lo hace a una historia global y comparada de la vertiente jurídica del colonialismo británico y, más en general, del europeo. Dicho de otra forma, interesa neurálgicamente a la historia del derecho internacional, no sólo además al de ayer, sino también al de hoy (18). Me atengo al susodicho caso *Mabo*, mas con la vista puesta en tal horizonte más dilatado. Hablo de lo que sé o de lo que he logrado saber en base a conocimientos díganos que librescos de soporte impreso o digital.

(16) B. CLAVERO, *¿Hay genocidios cotidianos? Y otras perplejidades sobre América indígena*, Copenhague, Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas, 2011. En la antropología sobre el pueblo meriam, la que más se esfuerza, comparativamente, por no suplantar la voz indígena del caso es la representada por N. SHARP, *Stars of Tagai: The Torres Strait Islanders*, Canberra, Aboriginal Studies Press, 1993, con consideración bien positiva del caso *Mabo*, pp. 229-237; es también, en general, la más apreciativa del *Mabo's law*, el derecho meriam como ya sabemos.

(17) Se tienen dos estudios clave respecto al desempeño de la historiografía y de la antropología en procedimientos judiciales sobre derecho indígena en Australia: Ann CURTHOYS, Ann GENOVESE y Alexander REILLY, *Rights and Redemption: History, Law and Indigenous People*, Sidney, University of New South Wales Press (UNSWP), 2008; BURKE, *Law's Anthropology*, cit. Se ha generado un problemático espacio judicial de interdisciplinariedad que cobra impulso con *Mabo* precisamente: *Crossing Boundaries: Cultural, legal, historical and practice issues in native title*, ed. Sandy Toussaint, Melbourne, Melbourne University Press (MelUP), 2004, p. 1.

(18) Me incitó a ocuparme de *terra nullius* la lectura de Marta LORENTE, 'Uti possidetis, ita domini eritis'. *International Law and the Historiography of the Territory* (2014), en *Spatial and Temporal Dimensions of Legal History: Research Experiences and Itineraries*, eds. Massimo Meccarelli y María Julia Solla, Frankfurt am Main, Max Planck Institute for European Legal History, 2016, pp. 131-172, abordando el territorio en el sentido jurídico, no geográfico: Jordan BRANCH, *The Cartographic State: Maps, Territory, and the Origins of Sovereignty*, Cambridge, CUP, 2014; Charles S. MAIER, *Once Within Borders: Territories of Power, Wealth, and Belonging since 1500*, Cambridge Mass., HUP, 2016. Prosigue con el tema M. LORENTE, 'Nación y Naciones en Colombia'. *Del espacio de la Monarquía al territorio nacional*, a publicarse en *En Antidora. Homenaje a Bartolomé Clavero*, Universidad de Sevilla.

No he puesto un pie en el continente ni en las islas de Australia ⁽¹⁹⁾. Nada prácticamente conozco sobre un sector clave de la humanidad que protagoniza esta historia puesto que sé bien poco acerca de los pueblos indígenas afectados, como sean, entre otros muchos, los mencionados a lo largo de estas páginas, el meriam, el nyungar, el yorta-yorta, el yolngu o el gurindji. Me falta experiencia local siquiera mínima. Con tantas advertencias de entrada ⁽²⁰⁾, me dispongo a proceder. Por indígena entiendo la condición de pérdida o disminución de derecho en tierra propia como efecto del colonialismo y sus secuelas; por colonialismo, el sometimiento en algún grado de pueblos no europeos a Europa o a sus diásporas ⁽²¹⁾.

2. *Caso australiano en escenario de derecho internacional y anomia constitucional.*

«The decision of the High Court of Australia in *Mabo v. Queensland (No. 2)* has had a profound impact on the legal, social, and political reality» de las relaciones entre indígenas y no indígenas por proceder al reconocimiento de «native title», título indígena,

⁽¹⁹⁾ Respecto a *terra nullius* en la historia del derecho internacional Andrew FITZMAURICE, *Sovereignty, Property and Empire, 1500-2000*, Cambridge, CUP, 2014, caps. 8-10, ofrece el estudio más comprensivo. Así orientado, me ubico en el que pronto ví que era el mejor observatorio, el de Australia.

⁽²⁰⁾ Nado AVELING, '*Don't talk about what you don't know': on (not) conducting research with/in indigenous contexts*', en «Critical Studies in Education», 54 (2013), 2, pp. 203-214. Mientras fui miembro del Foro Permanente del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas (2008-2010), hicimos visitas con acceso a comunidades indígenas a Bolivia, Paraguay y Colombia, ninguna fuera de las Américas. En todo caso, donde obtuve mis primeros conocimientos más directos sobre el caso australiano fue en el Foro: Maria SAPIGNOLI, *A Kaleidoscopic Institutional Form: Expertise and Transformation in the UN Permanent Forum on Indigenous Issues*, en *Palaces of Hope: The Anthropology of Global Organizations*, eds. Ronald Niezen y Ead., Cambridge, CUP, 2017, cap. 4 (p. 79: foro, entre otras cosas, de una colectiva «knowledge production»).

⁽²¹⁾ B. CLAVERO, *Europa y su diáspora. Debates sobre colonialismo y derecho*, Santiago de Chile, Olejnik, 2016. En Australia suele distinguirse entre *Aborigines*, los del continente, de una parte y, de otra, como melanesios, *Torres Strait Islanders*, los de las numerosas islas, que no sólo son las Murray del pueblo meriam, en el ancho estrecho con Papúa-Nueva Guinea, pero, conforme al uso actual del derecho internacional, también se utiliza hoy *Indigenous* para el conjunto del interior de las fronteras australianas.

sobre tierras y recursos. Tal sentencia, la de *Mabo and Others versus the State of Queensland*, de 1992 ⁽²²⁾, « was heralded as an abandonment of the *terra nullius* myth, although this may be an overstatement of the reform that took place ». Representaría una *judicial revolution* en sintonía con lo que ya estaría ocurriendo por otras latitudes de *common law*. En la presunción de *terra nullius*, ese mito de territorio habitado sin dueño, se habría basado el despojo indígena. La historia estaría tan clara como cristalinos, los principios, aunque no lo esté tanto todo el resto ⁽²³⁾. Lo expresó el primer ministro australiano a la sazón, Paul Keating: « The Court's decision rejected a lie and acknowledged a truth. The lie was *terra nullius* [...]. The truth was *native title* ». *Mabo* apuntaría nada menos que al inicio de la reversión del estado de iniquidad creado por la ocupación británica de Australia iniciada en 1788, hacia un par de siglos antes ⁽²⁴⁾.

La sentencia resuelve un caso concreto, el del título a la tierra de miembros del pueblo meriam, de las Islas Mer, por nombre nativo, o Murray, por nombre colonial, entre Papúa-Nueva Guinea y el Estado de Queensland al nordeste de Australia, en el Estrecho de Torres, pero, para hacerlo, ha de admitir previamente la existen-

⁽²²⁾ Para la sentencia en el sitio del *Australasian Legal Information Institute*, http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/sinodisp/au/cases/cth/high_ct/175clr1.html. Se le cita como « *Mabo* (2º) » pues hay una primera *Mabo v. Queensland*, 1988, que no hace referencia a la doctrina de *terra nullius*, aunque sí se refiere a la de *waste lands of the Crown* que se le puede asemejar, no tanto como identificar, la primera propia del derecho internacional, la segunda del *common law*. Lo veremos. En dicho sitio de información jurídica, la búsqueda por *Mabo*, a fecha de 30/4/2018, rinde 4.851 registros.

⁽²³⁾ Anne TWOMEY, *A Law Librarian's Guide Through the 'Mabo' Maze*, en « Australian Law Librarian », 1 (1993), 4, pp. 152-156; Lisa STRELEIN, *Compromised Jurisprudence: Native title cases since Mabo* (2006), Canberra, Aboriginal Studies Press, 2009, pp. 1-2.

⁽²⁴⁾ Larissa BEHRENDT, *Asserting the Doctrine of Discovery in Australia*, en Robert J. MILLER, Jacinta RURU, la misma BEHRENDT y Tracey LINDBERG, *Discovering Indigenous Lands: The Doctrine of Discovery in the English Colonies*, Nueva York, OUP, 2010, cap. 7, ep. D: *The 'Mabo' Case: Overturning the Doctrine of 'Terra Nullius'*. La cita del primer ministro en Bain ATTWOOD, *Telling the Truth about Aboriginal History*, Sidney, Allen and Unwin, 2005, p. 29, no sin un apunte de crítica: « The approach adopted by his (Keating's) government was more a matter of rewriting the history of the nation than it was a means of redressing the consequences of the past it represented for Aboriginal people ».

cia de un tal derecho en el seno de dicho pueblo, lo que a su vez implica la misma posibilidad a favor potencialmente de otros pueblos indígenas del continente australiano e islas anexas anteriormente privados (25). Mer es nombre de la isla mayor y del pequeño archipiélago. El mismo pueblo meriam es reducido, pero con entidad propia. La dimensión geográfica y demográfica no guarda proporción con la envergadura jurídica del caso. La anexión de Mer a Queensland procede de los tiempos en los que ésta era colonia, de antes de constituirse en Estado de Australia cuando la Commonwealth se estableció en 1901 (26).

« The *Mabo* decision has had a tremendous impact on Australian society and has been a landmark case for the recognition of indigenous rights all over the world ». En sustancia, se trata de la revisión de « the legal and other effects of the doctrine of *terra nullius* ». Entiende ahora la Alta Corte de Australia que, cuando el Imperio británico se hizo con las islas del caso, « the land rights of indigenous peoples survived the change of sovereignty and were not extinguished ». La Corte también ahora rechaza explícitamente « that the Aboriginal peoples were so low in the scale of social organization that they did not possess rights and interests in land ». Así se superaría « the doctrine of *terra nullius*, a legal construction used by states in the past to legitimize colonisation and dispossess indigenous peoples from their lands », lo cual ya se habría efectuado por parte no sólo de algunos otros Estados, sino también del derecho internacional en 1975 con la Opinión Consultiva de la

(25) El principal demandante, Edward o Eddie Mabo, aunque no residía en Mer, sino en el continente, se presentaba como autoridad tradicional meriam, pero no se le acreditó esta forma de legitimación, lo que tampoco redujo el caso a reclamaciones individuales: BURKE, *Law's Anthropology*, cit., cap. 3.

(26) Stuart B. KAYE, *The Torres Strait*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1997, caps. 5: *Legal Regime of the Torres Strait*, y 7: *Contemporary Issues: Self-Determination and the Islanders*; Ian J. McNIVEN, *Torres Strait Islanders and the maritime frontier in early colonial Australia*, en *Colonial Frontiers: Indigenous-European encounters in settler societies*, ed. Lynette Russell, Manchester, Manchester University Press (ManUP), 2001, cap. 10; David LAWRENCE y Helen REEVES LAWRENCE, *Torres Strait: The Region and its People*, en *Woven Histories, Dancing Lives: Torres Strait Islander Identity, Culture and History*, ed. Richard Davis, Canberra, Aboriginal Studies Press, 2004, pp. 15-29.

Corte Internacional de Justicia sobre el Sahara Occidental (27). Hasta tales momentos los pueblos indígenas habrían podido estar jurídicamente sometidos a la regla de *terra nullius* con sus efectos de despojo masivo. Con todo esto se nos asegura que « *Mabo 2* shocked the country because it upended the doctrine of *terra nullius* » así como « it created shock waves » que alcanzaron a otros continentes (28).

« The use of international standards to guide the judicial interpretation and application of domestic rules in the context of indigenous peoples is exemplified in the 1992 decision of the High Court of Australia in *Mabo v. Queensland* ». El caso, con ello, puede interesar más allá de las fronteras australianas, no sólo a otras latitudes de *common law*, sino también globalmente al derecho internacional, aunque a éste se recurriese con ciertas restricciones: « Recourse to contemporary international standards, which require attention to the cultural and spiritual significance that indigenous peoples typically attach to lands and to a larger territorial environment, may well have strengthened the character of the land rights recognized in *Mabo* ». En todo caso, *Mabo* « represents a meaningful use of international law to shape domestic norms in furtherance of indigenous peoples' claims within the framework of institutional constraints faced by a court » (29). La dialéctica entre ordenamientos de diverso nivel está servida; la transcendencia del caso *Mabo*, asegurada. Se ha asentado la opinión de que, aun pudiendo arrastrarse algún que otro desengaño, *Mabo* se sitúa en el horizonte actual del orden internacional en relación a derechos de los pueblos indígenas (30).

(27) Alexandra XANTHAKI, *Indigenous Rights and United Nations Standards: Self-Determination, Culture and Land*, Cambridge, CUP, 2007, pp. 243-244. De la opinión de la Corte Internacional nos ocuparemos.

(28) RAY, *Aboriginal Rights Claims and the Making and Remaking of History*, cit., posiciones (manejo edición electrónica) 2527 y 5179. Como ya sabemos, hay una *Mabo 1* (1988, sobre discriminación racial), de la que aquí no hace falta ocuparse. Es uso común referirse a *Mabo 2* sin la numeración.

(29) S. James ANAYA, *Indigenous Peoples in International Law* (1996), edn. actualizada, Nueva York, OUP, 2004, pp. 197-199.

(30) Garth NETTHEIM, *International Law and Native Title in Australia*, en « University of Queensland Law Review », 27 (2008), 2, pp. 167-192, con un posescrito

Who Was That Boy es un poema dedicado a quien presta nombre al caso por ser su principal impulsor, Edward o Eddie Mabo, Koiki de nombre propio meriam. Unos versos exaltan su significación: « He did us all proud the indigenous of this land / Having knocked out *terra nullius* and now our land is free ». El caso habría liberado los territorios indígenas mediante derrota por *knock-out* de ese principio jurídico. El poema se recitó en inglés y en meriam en el Palacio de las Naciones de Ginebra con ocasión de la reunión en 1995 del Grupo de Trabajo sobre las Poblaciones Indígenas de la, por entonces, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías de Naciones Unidas. Se encargó del recital el autor del poema, Eidi Papa por nombre meriam, George Mye por el oficial australiano ⁽³¹⁾. El mensaje emitido desde Australia se entiende así que merece predicarse como signo de liberación al universo mundo.

En Naciones Unidas, a las alturas de 2004, el Relator Especial, entonces, sobre la Situación de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de los Indígenas y, hoy, sobre los Derechos de los Pueblos Indígena diagnosticaba que la « pervasive denial of justice may be the result of historical processes such as the appropriation of indigenous land by colonizers and settlers on the basis of the now defunct doctrine of *terra nullius*, the imposition of land-titling schemes from which indigenous communities may be excluded, the non-recognition of their cultural identity, the unilateral abrogation of treaties and agreements with indigenous peoples by national Governments, the pillaging of the cultural heritage of native communities, the official rejection of the use of native languages, etc. »,

refiriéndose a la aprobación en 2007 por Naciones Unidas de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas que enseguida veremos.

⁽³¹⁾ Noel LOOS y Koiki MABO, *Edward Koiki Mabo: His Life and Struggle for Land Rights* (1996), St. Lucia, University of Queensland Press (UQP), 2013, el poema en encabezamiento. Mabo había fallecido pocos meses antes de la sentencia. Hay película: *Mabo*, guión de Sue SMITH, dirección de Rachel PERKINS, Australian Broadcasting Corporation, 2012; y un sitio sobre derecho indígena bajo el nombre de *Mabo*: http://www.mabonativetitle.com/tn_01.shtml. Existe también un documental de las actuaciones judiciales que se desarrollaron en Mer, *Land Bilong Islanders* (sic, en el *kriol* o inglés-meriam en el que la mayoría de los testimonios se prestan), guión y dirección de Trevor GRAHAM, Yarra Bank Films, 1990.

et caetera. Entre tanta adversidad jurídica en la historia y en la actualidad para los pueblos indígenas, la doctrina de *terra nullius*, que se dice ya difunta en el siglo XXI, habría sido cancha eficaz de lanzamiento ⁽³²⁾.

En el seno de Naciones Unidas no siempre se da por tan difunta la doctrina de *terra nullius*. En 2010 se presenta por el Foro Permanente del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas un informe sobre «the doctrine of discovery», la doctrina del descubrimiento, otra cara de la misma política colonial de apropiación de territorios ocupados con sujeción o desplazamiento de su población. Ambas doctrinas aparecen en efecto como complementarias, casi redundantes. Se apunta no sólo a su funcionamiento efectivo en la historia, sino sobre todo a unos efectos que, aun repudiándoseles teóricamente, a su permanencia hasta el presente. En tal contexto, *Mabo* comparece a una luz ambigua: «while recognizing for the first time land claims of indigenous Australians, nevertheless (*Mabo*) limited those claims under a variation of the doctrine of discovery» conforme a la cual «the discovering European sovereign was recognized to be the owner of the underlying title to indigenous lands» ⁽³³⁾. El título nativo, reconocido y todo, sigue siendo una derivada del tracto colonial. La doctrina del descubrimiento opera en origen y puede hacerlo en la práctica hasta hoy ⁽³⁴⁾.

El 13 de setiembre de 2007 la Asamblea General de Naciones

⁽³²⁾ *Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people*, Rodolfo Stavenhagen, al Consejo Económico y Social, 2004, par. 12.

⁽³³⁾ *Preliminary study of the impact on indigenous peoples of the international legal construct known as the Doctrine of Discovery* (relatora, Tonya Gonnella Frichner), nota 3. En base a este documento, la sesión del Foro de 2012 se dedicó al asunto: *The Doctrine of Discovery: its enduring impact on indigenous peoples and the right to redress for past conquests* (<https://www.un.org/development/desa/indigenouspeoples/unpfii-sessions-2/unpfii-eleventh-session.html>). Para acuerdos al respecto, más bien magros, rastréese *discovery* en la *Recommendations Database*.

⁽³⁴⁾ Robert A. WILLIAMS JR., *The American Indian in Western Legal Thought: The Discourses of Conquest*, Nueva York, OUP, 1990; L. BEHRENDT, *The Doctrine of Discovery in Australia*, en MILLER, RURU, la misma BEHRENDT y T. LINDBERG, *Discovering Indigenous Lands*, cit., cap. 6, ep. F: 'Terra Nullius' as the Exercise of the Doctrine of Discovery; Blake A. WATSON, *The Impact of the American Doctrine of Discovery on Native*

Unidas ha adoptado la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas que cancela el principio de *terra nullius* sin necesidad de mencionarlo. En su preámbulo se manifiesta « concerned that indigenous peoples have suffered from historic injustices as a result of, *inter alia*, the colonization and dispossession of their lands, territories and resources ». En su articulado se contienen disposiciones como las siguientes: « Indigenous peoples have the right to the lands, territories and resources which they have traditionally owned, occupied or otherwise used or acquired »; « States shall provide effective mechanisms for prevention of, and redress for: [...] any action which has the aim or effect of dispossessing them of their lands, territories or resources »⁽³⁵⁾. ¿Qué posibilidades van a quedar de desposesión y cuántas no se abren de recuperación tras tan categórica declaración de derechos a tierras, territorios y recursos?⁽³⁶⁾

Terra nullius no es una creación australiana. El interés exterior por el caso *Mabo* procede ante todo de que cancela en casa un principio que se había tenido por propio del derecho internacional. Así resulta tan usual que se le equipare al caso del Sahara Occidental por el que la Corte Internacional de Justicia habría ya procedido a una operación del género a su propio nivel. Desaparecido el modismo colonial de *terra nullius* del lenguaje jurídico del ordenamiento de presente, remitido así a la historia, no suele apreciarse que el establecimiento de unos principios contrarios, por netamente favorables a derecho indígena, cuando se produce en rigor no es hasta la Declaración susodicha. La observación exterior se interesa aún menos, o no lo hace prácticamente, por el contexto constitucional australiano que pudiera ser un factor esencial para explicarse la forma cómo se recibió la jurisprudencia de *Mabo* en la propia Australia. Procurémosnos entonces por nuestra cuenta la noticia

Land Rights in Australia, Canada, and New Zealand, en « Seattle University Law Review », 34 (2011), 2, pp. 507-551.

⁽³⁵⁾ http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_en.pdf, la Declaración, arts. 26.1 y 8.2.b.

⁽³⁶⁾ XANTHAKI, *Indigenous Rights and United Nations Standards*, cit.; Cathal M. DOYLE, *Indigenous Peoples, Title to Territory, Rights and Recourses: The transformative role of free prior and informed consent*, Londres, Routledge, 2015.

sobre este constitucionalismo no aportada por la literatura que, a efectos de irnos introduciendo, estamos revisando.

En 1901, el establecimiento de la Commonwealth de Australia había reportado a los Estados poderes plenos sobre los pueblos indígenas de su territorio, comprendido el meriam en el caso de Queensland ⁽³⁷⁾. En la Constitución federal además se incluyeron pronunciamientos excluyentes de cualquier posibilidad de derecho indígena. Hoy, tras un referéndum que la reformara en 1967, guarda silencio al respecto. Entonces, con tal reforma, se suprimieron la salvedad de la « aboriginal race » en la competencia federal para legislar sobre « people of any race », así como la previsión de que « aboriginal natives shall not be counted » a efectos censales ⁽³⁸⁾. El silencio constitucional por derogación de tales cláusulas no dio base a práctica alguna de garantía de derechos indígenas en términos individuales o aún menos, ni por asomo, colectivos ⁽³⁹⁾. No condujo

⁽³⁷⁾ Geoffrey SAWER, *The Australian Constitution and the Australian Aborigine*, en « Federal Law Review », 2 (1966), 1, pp. 17-36, con la constatación de partida: « the Founders treated aboriginal questions as a matter for the States », intentando limar aristas a las disposiciones constitucionales que enseguida vemos. Sobre el proceloso camino de tales padres fundadores hacia la Commonwealth, Luke TRAINOR, *British Imperialism and Australian Nationalism: Manipulation, conflict and compromise in the late nineteenth century*, Cambridge, CUP, 1994, con práctica ignorancia de la presencia indígena y no más atención al Torres Strait que la de señalar que hasta ahí alcanzaba la frontera de un « Australian empire » interesado en recursos marinos y mano de obra melanesia, como la meriam (p. 93).

⁽³⁸⁾ <https://www.legislation.gov.au/Details/C2013Q00005>, la Constitución, arts. 51.XXVI, acerca de la competencia del parlamento federal en relación a « the people of any race, other than the aboriginal race in any State, for whom it is deemed necessary to make special laws », y 127: « In reckoning the numbers of people of the Commonwealth, or of a State or other part of the Commonwealth, aboriginal natives shall not be counted ». El efecto original de empoderamiento de los Estados con exclusión de competencia de la Commonwealth no se producía por supuesto respecto al territorio federal.

⁽³⁹⁾ George WILLIAMS, *A Bill of Rights for Australia*, Sidney, UNSWP, 2000, p. 28: « Although these changes to the Constitution (1967 referendum) have been popularly seen as granting indigenous peoples 'equal rights' and in particular the right to vote, this is not correct »; B. ATTWOOD y Andrew MARKUS, *The 1967 Referendum: Race, Power and the Australian Constitution*, Canberra, Australian Institute of Aboriginal and Torres Strait Islander Studies, 2007, cuya primera edición (1997) se titulaba *Or When Aborigines Didn't Get the Vote*.

ni siquiera, aunque solo fuera, a una incorporación indígena a la ciudadanía australiana en un pie mínimo de concurrencia participativa en igualdad. Ha servido para adopción de políticas asistenciales como mísero paliativo del despojo indígena (40). Oficialmente se ha escrito que la Constitución « was drafted in the spirit of *terra nullius* » (41). Si esto es así, tal sigue siendo su espíritu aunque algo de su letra se haya disipado. He ahí *the great Australian constitutional silence* (42). La excepción que pudiera interesar al pueblo meriam, la representada por la Constitución de Queensland desde una reforma de 2001, con ocasión del centenario de la Commonwealth y del Estado, no lo es en absoluto (43).

La Constitución australiana se resiste a reconocer y garantizar derechos por reservarse poderes discrecionales frente a indígenas y asiáticos. Lo uno como lo otro, el silencio de hoy como la exclusión

(40) John CHESTERMAN y Brian GALLIGAN, *Citizens Without Rights: Aborigines and Australian Citizenship*, Cambridge, CUP, 1997; ATTWOOD y MARKUS, *The 1967 Referendum*, cit.; David MERCER, 'Citizens minus?': *Indigenous Australians and the citizenship question*, en « Citizenship Studies », 7 (2003), 4, pp. 421-445; LINDQVIST, *Terra Nullius*, cit., pp. 331-332; Roderic PITTY, *The unfinished business of Indigenous citizenship in Australia and New Zealand*, en *Does History Matter? Making and debating citizenship, immigration and refugee policy in Australia and New Zealand*, eds. Klaus Neumann y Gwenda Tavan, Canberra, ANUP, 2009, cap. 2; BEHRENDT, *Asserting the Doctrine of Discovery in Australia*, cit., cap. 7, ep. B: *The Legacy of the Framers*.

(41) Aboriginal and Torres Strait Islanders Social Justice Commissioner (Mick Gooda), *Constitutional reform: Creating a nation for all of us*, Sidney, Australian Human Rights Commission, 2011, p. 2.

(42) *The Great Australian Silence* en relación a la presencia indígena fue, en 1968, tras el referéndum, expresión muy sonada, de cita luego recurrente, del antropólogo W.E.H. STANNER, *The Dreaming and Other Essays*, Melbourne, Black Inc., 2010, pp. 182-193; Caroline BEASLEY, *The Breaking of the 'Great Australian Silence': How and Why the Writing of Indigenous Australian History has Changed over the Last 40 Years*, en « Australian National University Undergraduate Research Journal », 5 (2013), pp. 1-13.

(43) http://www9.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdb/au/legis/qld/consol_act/coq2001288, la Constitución de Queensland, Preámbulo: « The people of Queensland, free and equal citizens of Australia [...] honour the Aboriginal peoples and Torres Strait Islander peoples, the First Australians, whose lands, winds and waters we all now share; and pay tribute to their unique values, and their ancient and enduring cultures, which deepen and enrich the life of our community », y punto, no todo retórico con esa referencia a que se comparten tierras, vientos y aguas indígenas sin constancia de consentimiento ni ayer ni hoy. La misma recoge el concepto de *waste land* (sec. 69) aplicable a tierra indígena sin necesidad de que se especifique.

de ayer, se encuadra en una notoria *White Australia Policy*, política pro Australia blanca, de la que suele acusarse su vertiente antiasiática más que la primaria antiaborigen (44). Desde 1967, desde que se eliminaran esas cláusulas de exclusión radical de la humanidad indígena, la novedad que se tiene es la posibilidad de asunción de competencias a su respecto, de cara a los Estados, por parte de las instituciones federales, incluida la Alta Corte. Lo que se provocó fue frustración, dada la incapacidad para procederse a ulteriores reformas de la Constitución federal que superasen el silencio. Ahí se produjo *Mabo*, en tal contexto, el internacional anterior a la Declaración y el constitucional de posibilidad frustrada de reforma. Para indígenas, la frustración propiamente lo era de la descolonización (45). El momento se situaba entre dos conmemoraciones conflictivas, en 1988 la del bicentenario del inicio de la ocupación británica de Australia; en 1992 la del cincuentenario del arranque de la expansión ultraoceánica europea. Todo este encuadramiento

(44) David DUTTON, *One of Us? A Century of Australian Citizenship*, Sidney. UNSWP, 2002, cap. 2: *A White Civilisation*; G. TAVAN, *The Long, Slow Death of White Australian*, Melbourne, Scribe, 2005; *Creating White Australia*, ed. Jane Carey y Claire McLisky, Sidney, Sidney University Press (SUP), 2009, parte II: *Whiteness on Indigenous missions and reserves*. En contexto, David PEARSON, *The Politics of Ethnicity in Settler Societies: States of Uneasy*, Londres, Palgrave Macmillan (PMac), 2001, pp. 84-86; Wm. Roger LOUIS, *Ends of British Imperialism: The Scramble for Empire, Suez, and Decolonization*, Londres. I.B. Tauris, 2006, pp. 187, 190, 202 y 256. Las monografías sobre inmigración son las que suelen tocar el tema de la *White Australia*, con lo que la afectación indígena queda fuera de foco. Para planteamiento de relación en las circunstancias de sujeción desigual a un mismo racismo, Minoru HOKARI, *Anti-Minorities History: Perspectives on Aboriginal-Asian Relations*, en *Lost in the Whitewash: Aboriginal-Asian Encounters in Australia, 1901-2001*, eds. Penny Edwards y Chen Yuanfang, Canberra, ANUP, 2003, pp. 85-101.

(45) Con referencia justa a las resultas del referéndum de 1967 ya por sí muy limitado en el contexto de la descolonización, Tracey Banivanua MAR, *Decolonisation and the Pacific: Indigenous Globalisation and the Ends of Empire*, Cambridge, CUP, 2016, pp. 187-189. Para noticia de propuestas de reforma constitucional sobre la presencia indígena tras dicho referéndum que fueron quedando en nada, G. NETTHEIM, *Indigenous Australians and the Constitution*, en « Australian Law Reform Commission: Reform Review », 74 (1999), pp. 29-34; Bede HARRIS, *A New Constitution for Australia*, Londres, Cavendish, 2002, cap. 6.

conviene retenerlo para explicarnos tanto el advenimiento como la recepción de *Mabo* dentro y fuera de Australia ⁽⁴⁶⁾.

Sea como fuere, hubiera o no tanto como una revolución en Australia por acción de la justicia, ya hemos tenido algunas advertencias que merecen irse subrayando. Una fuerte reacción contraria de sectores conservadores incrementó la sensación de que algo se había revolucionado y algo en efecto se movía, con revolución o sin ella ⁽⁴⁷⁾. Aun así, el principio internacional de *terra nullius* en cuya virtud se nos asegura que los pueblos indígenas fueron despojados del gobierno de territorios y del dominio sobre tierras y recursos hace su comparecencia como especie de ente fantasmagórico: « the *terra nullius* myth », el cual no está además claro si se ha desvanecido o si sigue sobrevolándonos. Por una parte, no parece que *terra nullius* se halle definitivamente desterrada, pues esto se nos asegura que sería un « overstatement »; por otra parte, el KO, su *knock-out*, ya habría sido un momento consumado de liberación indígena. Desde Naciones Unidas se nos ha dicho que el principio ya está, más que noqueado, literalmente difunto. La esquila sería la Declaración sobre Pueblos Indígenas. En fin, ¿en qué quedamos? ¿La verdad se llama *native title* y la mentira, *terra nullius*, como nos ha asegurado un primer ministro? *Terra nullius*, en consecuencia, ¿es ya tan sólo historia? ¿O es que nunca, en realidad, lo ha sido? ¿Es, en cambio,

⁽⁴⁶⁾ Michael MEADOWS, *Voices in the Wilderness: Images of Aboriginal People in the Australian Media*, Westport, Greenwood, 2001, cap. 3: *Celebration of a Nation: The Bicentenary* (p. 71: « Indigenous people's response represented the most significant challenge to the official panoply of bicentennial events »), relacionando ambos eventos, 1988 y 1992, y considerando la frustración de iniciativas políticas de reformas legislativas durante los años ochenta a las que *Mabo* pudo venir tanto a suplir como a reavivar. No por casualidad, dado el ambiente exterior e interno, inclusive un amago de secesión de las Islas del Torres Strait, *Mabo 1* es de 1988 y *Mabo 2*, de 1992. Según los datos de Meadows, el asunto de la descolonización fue segunda fuente de noticias en algunos medios tras la de las celebraciones oficiales.

⁽⁴⁷⁾ G. NETTHEIM, *Judicial Revolution or Cautious Correction? Mabo v. Queensland*, en « University of New South Wales Law Journal », 16 (1993), 1, *Indigenous Peoples: Issues for the Nineties*, pp. 1-26; Gilliam COWLISHAW, *Did the Earth Move for You? The Anti-Mabo Debate*, en « The Australian Journal of Anthropology », 6 (1995), 1, monográfico sobre *Mabo*, pp. 43-63; Gary N. MARKS y Paula McDONELL, *New Politics? The Mabo debate and public opinion on native title in Australia*, en « International Journal of Public Opinion Research », 8 (1996), 1, pp. 31-50.

que lo sigue siendo? ¿O puede tal vez ser que todo esto tan contradictorio ocurra ayer y hoy, haciéndolo siempre a un mismo tiempo?

El indudable giro impreso al derecho australiano por el caso *Mabo*, sea cual fuere su alcance, ha evolucionado por vía tanto legislativa como jurisprudencial con fuertes altibajos y entre serios desajustes persistentes o sobrevenidos ⁽⁴⁸⁾. La idea que prevalece en todo caso hasta hoy sigue siendo la de verdadera transcendencia del giro: « The High Court paved the way for what may be one of the most crucial developments in the history of the relationships between Australian law and the original inhabitants of the continent » ⁽⁴⁹⁾. Estaríamos nada menos que en *The Age of Mabo*, en una

⁽⁴⁸⁾ Peter H. RUSSELL, *Recognizing Aboriginal Title: The Mabo Case and Indigenous Resistance to English-Settler Colonialism*, Toronto, University of Toronto Press (UTP), 2005; Cheryl SAUNDERS, *The Constitution of Australia: A Contextual Analysis*, Oxford, Hart, 2011, cap. 1.IV: *Reconciliation*; STRELEIN, *Compromised Jurisprudence*, cit., cap. 12; Ulla SECHER, *Aboriginal Customary Law: A Source of Common Law Title to Land*, Oxford, Hart, 2014; Damien SHORT, *Reconciliation and Colonial Power: Indigenous Rights in Australia*, Londres, Routledge, 2016.

⁽⁴⁹⁾ « Sidney Law Review », 15 (1993), 2, p. 119, Preface de número monográfico sobre *Mabo* (con alguna adición, *Essays on the Mabo Decision*, Sidney, Law Book Company, 1993). No fue la única aportación académica temprana: D. MERCER, 'Terra nullius', *Aboriginal sovereignty and land rights in Australia: The debate continues*, en « Political Geography », 12 (1993), 4, pp. 299-318; Gary D. MEYERS y John MUGAMBWA, *The Mabo Decision: Australian Aboriginal Land Rights in Transition*, en « Environmental Law », 23 (1993), 4, pp. 1203-1247; *Mabo: A Judicial Revolution. The Aboriginal Land Rights Decision and its Impact on Australian Law*, eds. Margaret A. Stephenson y Suri Ratnapala, St. Lucía, UQP, 1993; Tim ROWSE, *After Mabo: Interpreting Indigenous Traditions*, Melbourne, MelUP, 1993; Gerry SIMPSON, 'Mabo', *international law, 'terra nullius' and the stories of settlement: An unresolved jurisprudence*, en « Melbourne University Law Review », 19 (1993), 1, pp. 195-210; 'Mabo' and *Native Title: Origins and Institutional Implications*, ed. William Sanders, Canberra, ANUP, 1994; Ronald P. HILL, *Blackfellas and Whitefellas: Aboriginal Land Rights, the Mabo Decision, and the Meaning of Land*, en « Human Rights Quarterly », 17 (1995), 2, pp. 303-322; Jeremy WEBBER, *The Jurisprudence of Regret: The Search for Standards of Justice in 'Mabo'*, en « Sidney Law Review », 17 (1995), 1, pp. 5-28. El número monográfico de la « Sidney Law Review » también reseñaba bibliografía más inmediata interesante al caso: *Aboriginal Legal Issues: Commentary and Materials*, eds. Heather McRae, G. Netheim, y Laura Beacroft, Sidney, Law Book Company, 1991; Frank BRENNAN, *Sharing the Country: The Case for an Agreement Between Black and White Australians*, Ringwood, Penguin, 1991; ID., *Land Rights Queensland Style*, St. Lucía, UQP, 1992, y, a efectos comparativos, Paul G.

nueva era marcada por el signo de una resolución judicial ⁽⁵⁰⁾. Hay un movimiento que pugna por la fijación de una fiesta nacional, de la Commonwealth, bajo el nombre de *Mabo Day* el 3 junio, día en el que se hizo pública la sentencia en 1992, el año de autos ⁽⁵¹⁾.

3. *Reto e impacto historiográficos de Mabo.*

3.1. *Título de derecho indígena entre historiografía y jurisprudencia.*

El tema de la doctrina de *terra nullius* cual mecanismo de expropiación masiva unido al de cómo se le podría modular para dar cabida ahora a derecho indígena ya se había suscitado en efecto por la historiografía australiana gracias particularmente a *The Law of The Land* de Henry Reynolds, poco anterior a *Mabo v. Queensland*. Se dirigía no sólo a mostrar el peso de un orden colonial expropiatorio, sino también a recuperar políticas de admisión de algún derecho territorial en manos indígenas desde los mismos tiempos coloniales. « The Law of the Land » no se identificaría sin más con la regla de *terra nullius* ni siquiera en un caso de expropiación tan patentemente masiva como el de Australia ⁽⁵²⁾. En el empeño de

McHUGH, *The Maori Magna Carta: New Zealand Law and the Treaty of Waitangi*, Auckland, OUP, 1991.

⁽⁵⁰⁾ *In the Age of Mabo: History, Aborigines and Australia*, ed. B. Attwood, Sidney, Allen and Unwin, 1996; análogamente, BURKE, *Law's Anthropology*, cit., p. 1: « the phrase *native title era* refers to the period following the High Court's judgment in *Mabo* ». Son expresiones comunes: *Anthropology in the Native Title Era*, eds. Jim Fingleton y Julie Finlayson, Canberra, Australian Institute of Aboriginal and Torres Strait Islander Studies, 1995; incluso a otros efectos: Felicity COLLINS y Therese DAVIS, *Australian Cinema after Mabo*, Cambridge, CUP, 2004.

⁽⁵¹⁾ <http://www.aboriginalheritage.org/news/2013/mabo-day>: « June the 3rd is Mabo Day and commemorates the courageous efforts of Eddie Koiki Mabo to overturn the fiction of *terra nullius*, land belonging to no-one, the legal concept that Australia and the Torres Strait Islands were not owned by Indigenous peoples ».

⁽⁵²⁾ Con el crédito de una sólida obra ya en marcha de historia de la *frontier* entre no indígenas e indígenas, Henry REYNOLDS, *The Law of the Land*, Ringwood, Penguin, 1987. Hay nuevas ediciones, tras el caso *Mabo*, del mismo 1992, edición que manejo (con posescrito sobre la sentencia, pp. 185-202), y de 2003, acentuando que *Mabo* constituye una « legal revolution » y vinculándolo a su giro historiográfico: « The

reconocer actualmente derecho indígena, pero dentro de las coordenadas sentadas históricamente por el *common law*, lo que quiere decir por obra del colonialismo británico, hay de entrada una verdadera sintonía de fondo entre *The Law of the Land* de Reynolds y la sentencia del caso *Mabo*. Comienza por haber una influencia directa de la historiografía en la jurisprudencia ⁽⁵³⁾, no diré que mayor a la que pudiera ejercer la doctrina jurídica porque ésta no fue para nada decisiva. Dígase de paso lo propio de una especialidad de historia del derecho ⁽⁵⁴⁾. De hecho, ha sido un historiador de formación no jurídica, Henry Reynolds, quien, desde *The Law of the*

High Court has brought Australian jurisprudence into line with Australian history » (p. 188).

⁽⁵³⁾ P.G. MCHUGH, *Aboriginal Title: The Modern Jurisprudence of Tribal Land Rights*, Oxford, OUP, 2011, p. 90: « The most influential voice at that time in terms of setting the stage for *Mabo* N° 2 was not that of a lawyer, but the historian Henry Reynolds in his popular and much fêted, and later highly debated, book *The Law of the Land* ». Una segunda obra influyente en la resolución del caso tampoco es de derecho, sino de antropología, cuyo autor además prestó testimonio como experto en el proceso previo de determinación de hechos ante la Alta Corte de Queensland, de unos hechos entre los que se comprendía la prueba del mismo derecho consuetudinario indígena: Jeremy BECKETT, *Torres Strait Islanders: Custom and Colonialism*, Melbourne, CUP, 1987, cap. 5 sobre el pueblo meriam o *Murray Islanders*. El antropólogo no se mostró tan entusiasta como el historiador ante la resolución del caso, pero no por considerarla injusta, sino por estimar que no casa bien con la cultura meriam, flexible y todo a esas alturas, ni con su economía marítima además de agrícola: ID., *Encounters with Indigeneity: Writing about Aboriginal and Torres Strait Indigenous peoples*, Canberra, Aboriginal Studies Press, 2014, cap. 9: *The Murray Island Land Case* (1995).

⁽⁵⁴⁾ Existe como tal en Australia, emancipándose de la historia del derecho británico, al menos desde los años setenta y ochenta del siglo pasado, por virtud particularmente de Alex C. CASTLES, *An Australian Legal History*, Sidney, Law Book Company, 1982, pero, aunque se ocupe de la presencia indígena, con el tópico de la *terra nullius* inclusive, y aun citándosele en la sentencia *Mabo* por el voto de mayoría (el del juez Brennan como vamos a ver) a propósito de la legitimidad de la ocupación, esto es invasión, en el derecho de gentes, su aportación, la suya en particular y la de una historiografía profesional del derecho en general, a la revisión de la jurisprudencia que arranca con ese caso y al debate historiográfico consiguiente brilla por su ausencia, y esto a pesar de que se le celebre: Michel KIRBY, *Alex Castles, Australian Legal History and the Courts*, en « Australian Journal of Legal History », 9 (2005), 1, pp. 1-17; considerando discutiblemente que el tema indígena sólo se aborda con posterioridad, Rosemary HUNTER, *Australian Legal Histories in Context*, en « Law and History Review », 21 (2003), 3, pp. 607-614.

Land y otros escritos, ha representado una historia del derecho interesante al caso.

En la misma sentencia viene a reconocerse con citas de dicha obra, entonces reciente, de Reynolds. Se le invoca hasta en cuatro ocasiones y una de ellas en forma tan expresiva como la siguiente: «The application of the doctrine of *terra nullius* to Australia is strongly attacked in Reynolds, *The Law of the Land* (1987), *passim*. In particular, the view that a nomadic lifestyle is inconsistent with occupation of land is at odds with reality. It pays no regard to the reason why people move from one area of land to another». Incluso en caso de población nómada, no se daba base para presumir que la *terra* era *nullius*, como habría poco antes demostrado Reynolds. Y había también población asentada, como la *meriam*. En todo caso, existía el derecho indígena a la tierra, se le aprovechara de un modo o de otro. Una historiografía, muy particularmente la obra de Reynolds, lo que ofrecía así era base para el giro de la jurisprudencia ⁽⁵⁵⁾.

Aunque no pueda decirse que la sintonía fuera completa, hay unidad orgánica entre *The Law of the Land* y *Mabo v. Queensland* como historiografía y derecho. Un comentario de Reynolds a la sentencia de carácter más jurídico que historiográfico deploraba que la admisión de título nativo a la tierra no se hubiera extendido al terreno político de la soberanía, pero dejando bien claro que la extensión habría de producirse siempre bajo los mismos supuestos de prevalencia indisputable de un *common law* ahora flexibilizado sin poner en riesgo la estructura institucional heredada de tiempos británicos ⁽⁵⁶⁾, esto es coloniales al cabo. Es ésta del sostenimiento

⁽⁵⁵⁾ Voto del juez John Toohey, par. 18. En *Mabo v. Queensland* no hay una opinión común de los seis jueces entre siete que forman la mayoría, sino votos diversos concurrentes salvo el único disidente, el de Daryl Dawson. En el suyo junto a Michael McHugh, el presidente de la Corte, Anthony Mason, manifiesta que la opinión de la mayoría está particularmente desarrollada por el voto de Gerard Brennan, pero el citado de Toohey, junto al de William Deane y Mary Gaudron, concurren igualmente.

⁽⁵⁶⁾ H. REYNOLDS, *After Mabo, What About Aboriginal Sovereignty?*, en «Australian Humanities Review», 1 (1996), *target article*, con enlace a comentarios; Id., *Reviving Indigenous Sovereignty?*, en «Macquarie Law Review», 6 (2006), con buen número de *responses* a su vez, pp. 5-24. No entro aquí en el concepto de soberanía indígena que abriga Reynolds limitándolo en la línea de la posición de las *Indian Tribes*

de sistema establecido frente a la propia virtualidad del derecho indígena una preocupación que opera fuertemente en la misma sentencia. El acuerdo de fondo era no sólo historiográfico para cuestiones de hecho, sino también normativo para las de derecho. El comentario de Reynolds acusa un detalle que ya opera en el libro, me refiero al de que, historiador y todo, andaba más preocupado por el derecho presente que por el del pasado.

No es de extrañar que la crítica a *Mabo* como jurisprudencia lo sea también a menudo a Reynolds como historiador, asimilando lo uno a lo otro. En uno y otro caso, se estaría abriendo espacio para el reconocimiento y la garantía de título nativo sobre la tierra dentro de la tradición histórica y de la vigencia actual del *common law*, pero, en ambos casos, con la preocupación susodicha de que no se afectaren los fundamentos de un sistema constituido precisamente sobre la base de una expropiación masiva. Una historiografía que revisa la simpleza de la doctrina de *terra nullius* y una jurisprudencia que sólo se plantea corregirla sin que se ponga en cuestión sus efectos consolidados serían así perfectamente complementarias. Con esto, la historia jurídica representada por *The Law of the Land* de Henry Reynolds, ella misma, no sería exactamente obra de historiografía, sino doctrina de derecho, « an instrumentally presentist and political work in which its author primarily tries to construct a past rather than reconstruct one », una tarea, con todo, de « invention of tradition ». Estaríamos de este modo, no ante un compromiso emancipatorio con los pueblos indígenas, sino, en línea contraria, ante un empeño redentor, en último término, del dominio todavía, a estas alturas, colonial ⁽⁵⁷⁾.

La cuestión interesa a la misma entidad de la historia jurídica:

como *domestic dependent nations* en Estados Unidos: ID., *Aboriginal Sovereignty: Three Nations, One Australia? Reflections on race, state and nation*, Crows Nest, Allen and Unwin, 1996.

⁽⁵⁷⁾ B. ATTWOOD, *The law of the land or this law of the land? History, Law and Narrative in Settler Society*, en « History Compass », 2 (2004), 1, pp. 1-30 (p. 2), sobre la base (p. 1) de que « The Court's *Mabo* ruling was influenced by the research of Henry Reynolds, in particular by his book *The Law on the Land* », citando a continuación a un periodista tras la noticia de la sentencia: « Few, if any, Australian historians have ever exercised such clout through their work ». Lo de *invention of tradition* se remite a Eric Hobsbawm y Terence Ranger con precaución por los equívocos reduccionistas que se

« *The Law of the Land* is best regarded as a work of juridical history rather than a work of academic history » a pesar de que el propio Reynolds es historiador acreditado. Se trata de una historia concebida y construida « as if to a judge in a court of law », lo cual requiere ante todo figurarse continuidades donde hay o debiera haber discontinuidades, se entiende que por las novedades sobrevenidas de derecho tanto constitucional como internacional. Facturar historia es entonces construir mitos. « Myth-makers, like juridical historians and lawyers, have little if any interest in the alterity or otherness of the past ». Fabricación de mitología y reconstrucción de historiografía tienen elementos en común, pues no equivalen a falsedad y autenticidad respectivamente, pero con la importante diferencia de que la primera se compromete más con el presente que con el pasado mientras que la segunda operaría a la inversa. Tanto *The Law of the Land* como *Mabo*, en lo que tienen lo uno y lo otro de historiografía, donde se situarían es en el terreno de la mitología. A ello se debería el propio éxito del libro de Reynolds, pese a críticas. Fue una operación deliberada. Reynolds estaba en contacto con los impulsores de *Mabo* y preocupado por ofrecerles un respaldo historiográfico. El problema entonces radica en que éste no es modo de hacer buena historia, una buena historiografía, y probablemente tampoco lo sea de producir buen derecho, un derecho, por lo menos, no equívoco ⁽⁵⁸⁾.

Si el asunto en cuestión es el título indígena, una vez que la

arrastran (n. 6: « *Invention* now seems to have been a particularly infelicitous turn of phrase »).

⁽⁵⁸⁾ ATTWOOD, *The law of the land or this law of the land?*, cit., pp. 2-6, siguiendo ilustración; ID., *Telling the Truth about Aboriginal History*, cit., pp. 39-42, 56 y, para ulterior caracterización de la obra de Reynolds, 162-168. La expresión « as if to a judge in a court of law » Attwood la toma de Andrew SHARP, *History and Sovereignty: A case of juridical history in New Zealand / Aotearoa*, en *Cultural Politics and the University in Aotearoa / New Zealand*, ed. Michael Peters, Palmerston North, Dunmore, 1997, pp. 159-181 (160). *Aotearoa* es el nombre maorí de Nueva Zelanda. Las dudas sobre las alegaciones de reconocimiento de derecho indígena en tiempos coloniales británicos se expresaron desde antes de la sentencia: B. ATTWOOD, *Aborigines and Academic Historians: Some recent encounters*, en « *Australian Historical Studies* », 24 (1990), 94, pp. 123-135 (130-131); ahora, Hannah ROBERT, *'Paved with Good Intentions': Terra Nullius, Aboriginal Land Rights and Settler-Colonial Law*, Canberra, Halstead, 2016.

base de partida sigue siendo el estado resultante del tracto colonial, no constituye buen derecho ni el que se representa en *The Law of the Land* ni el que se presenta por *Mabo v. Queensland*. Lo primero es más historiografía que jurisprudencia y lo segundo, más jurisprudencia que historiografía, pero en ambos hay lo uno y lo otro. « *The Law of the Land* is, then, a work of legal history, as well as a work of advocacy for what the law ought to be », lo cual, ya de por sí, estaría provocando un sesgo en cuanto que obra de indagación historiográfica. La misma juridificación de la historia del título indígena, abstrayéndose del resto de las dimensiones del fenómeno de despojo colonial, estaría, por si sola, dificultado el escrutinio de la situación de derecho actual. Una historia del derecho en solitario no puede bastarse ni para alcanzar conocimiento del pasado ni, aún menos, para manejar experiencias del presente. « The greater the methodological divide between the different kinds of history, the more controversial will be the use of real history in the law and the more questionable will be the role of academic historians in the resolution of legal disputes ». En el caso de *The Law of the Land* el efecto se acentúa al máximo: « Reynolds is using an analysis of history to directly support a legal outcome » (59).

La sentencia no está excusada de hacer empleo de una historia mejor caso de necesitarla. Su función es precisamente la dicha de recurrir a evidencias no sólo presentes, sino también pretéritas « to directly support a legal outcome », pero esto no quiere decir que pueda, por su parte, poner legítimamente la historia al servicio del derecho, una determinada narrativa histórica al servicio de un determinado posicionamiento jurisprudencial. La propia colación de la doctrina de *terra nullius* para modularla de forma que dejare cierto espacio en el mismo curso de la historia colonial al título nativo de cuya rehabilitación se trata podría ser gratuita. Estaríamos ante un caso flagrante de mucho ruido y pocas nueces, mucha doctrina para tan poco derecho (60). ¿Resulta entonces realmente

(59) CURTHOYS, GENOVESE y REILLY, *Rights and Redemption*, cit., cap. 2: 'Mabo' and history, en especial pp. 44-54.

(60) David RITTER, *The 'Rejection of Terra Nullius' in Mabo: A Critical Analysis*, en « Sydney Law Review », 18 (1996), 1, pp. 5-33; Robert VAN KRIEKEN, *From 'Milirrpum' to 'Mabo': The High Court, 'Terra Nullius' and Moral Entrepreneurship*, en « University

necesaria para el pronunciamiento jurisprudencial la doctrina de *terra nullius*? A sus efectos, ¿es tan importante dilucidar cuál fuera la historia que se dice real, no sólo jurídica? ¿No faltan en *Mabo* principios de derecho tanto como entonces sobran alegaciones de historia? Prosigamos todavía con el debate historiográfico centrándonos en el fantasma mitológico de la *terra nullius*.

3.2. Mitología histórica y distopía jurídica de la doctrina de *terra nullius*.

« Why *terra nullius*? », es pregunta que se efectúa por razón de que se le confiere una significación cardinal para la historia de Australia en la línea de *The Law of the Land* y de *Mabo*. « The doctrine of *terra nullius* remained the law in Australia throughout the colonial period, and indeed right up to 1992 », hasta el mismísimo caso *Mabo*, de una forma así, por lo visto, no comparable con otras latitudes de expansión británica. Mientras que en Norteamérica, por ejemplo, la regla de partida sería la de alguna forma de reconocimiento de dominio indígena, en Australia habría ocurrido flagrantemente lo contrario. El asunto será entonces el de la singularidad australiana, un descubrimiento que se le atribuye a Henry Reynolds. Una historia comparada de Estados Unidos, Canadá, Nueva Zelanda y Australia se plantea sobre dichas bases. La diferencia se atribuye a características de los respectivos poblamientos. En fin, fuera como fuere, salvo para lo que entonces resulta excepción australiana, « *terra nullius* was not a standard feature of colonial land policy ». Es en cambio cimiento tanto pasado como presente para este caso de Australia, así hasta hoy, tras *Mabo*: « To overturn the doctrine would be to upset every white person's title to his or her land. The result would be chaos — no one would be sure of who owned what »⁽⁶¹⁾. « Why *terra nullius*? ». El latín funciona. Con gente a la vista, no es lo mismo decir tierra de nadie que *terra nullius*.

of New South Wales Law Journal », 23 (2000), 1, pp. 63-77; Ashley M. FOLEY, *Terra Nullius: The Aborigines in Australia*, en « Salve Regina University Digital Commons: Pell Scholars and Senior Theses », paper 33 (2009).

(61) S. BANNER, *Why 'Terra Nullius'? Anthropology and Property Law in Early Australia*, en « Law and History Review », 23 (2005), 1, pp. 95-131 (95-98 y 129). El autor conoce mejor el término principal de referencia de la comparación, Estados

A estas alturas, una década larga después de *The Law of the Land* y de *Mabo v. Queensland*, una perspectiva muy distinta estaba también abriéndose camino. Había quienes, por la incitación de dichos hitos, se adentraban en la historia australiana en busca del juego de *terra nullius* para encontrarse con la sorpresa de que apenas comparecía. En tiempos coloniales británicos ni se le alegaba. Podían operar otros principios como el propio del *common law*, de alcance más limitado, en el sentido de que las tierras sin dueño eran *waste lands of the Crown*. La expropiación indígena no se habría dado entonces en plan sistemático y masivo. *Terra nullius* sería un caso literal de *invention of tradition*, de verdadero *myth-building*. El espejismo lo habrían generado entre una historiografía y una sentencia con sus necesidades respectivas de justificar el pasivo de la expropiación indígena, que no sería tanta, y de hacerse con el activo de algún margen para el acomodamiento de título nativo, que no sería tan necesario entonces. La historia habría ido por otros derroteros distintos a esos que conducen al regazo de un derecho producto de una imaginación galopante, el *native title*. Quienes lo hacen ver de modo más tajante se mueven por la razón política de aminorar tanto la expropiación indígena en el pasado como la necesidad de reversión en el presente ⁽⁶²⁾.

He ahí un incentivo para una revisión historiográfica menos política. El juego puede que fuera en efecto otro, el de la presunción europea « that tribes of so called *savage* peoples did not constitute sovereign polities or possess rights of ownership » sin la dignificación aparente de un principio jurídico como el de *terra nullius*. Lo cierto es que hasta finales del siglo XIX, en las mismas vísperas de cuando, a principios del XX, Australia se constituyese como Commonwealth y sus colonias, como Estados ⁽⁶³⁾, no se documenta una

Unidos: ID., *How the Indians Lost Their Lands: Law and Power on the Frontier*, Cambridge Mass., HUP, 2005.

⁽⁶²⁾ En esta línea negacionista, sin mucho crédito historiográfico, Michael CONNOR, *The Invention of Terra Nullius: Historical and Legal Fictions on the Foundation of Australia*, Sydney, Macleay, 2005.

⁽⁶³⁾ Nicholas ARONEY, Peter GERANGELOS, Sarah MURRAY y James STELLIOS, *Constitution of the Commonwealth of Australia: History, Principle and Interpretation*, Melbourne, CUP, 2015, aun con pobre atención al alcance constitucional del caso *Mabo* en epígrafe de « Colonial background » de la parte histórica, pp. 20-23. Contrapóngase

mención de tal doctrina de derecho. « Other, more deeply entrenched European concepts, ideas and assumptions were applied in the colonial dispossession of Indigenous Australians ». Enfocarse en el asunto de la *terra nullius* por requerimientos jurídicos actuales resulta que desorienta bastante a la historiografía ⁽⁶⁴⁾. El motivo, con denominación no tan codificada, podía existir en el orden de un derecho de gentes o *law of nations*, tenido por derecho de naturaleza, un derecho de factura europea, pero su conocimiento y manejo en Australia no resultaban entonces decisivos. Una cosa es la genealogía de *terra nullius*, desde tiempos antiguos si se quiere, y otra su historia ⁽⁶⁵⁾. Lo primero ni siquiera sirve para introducir en el pasado colonial de la expropiación cuyo alcance y cuya secuela quieren hoy afrontarse ⁽⁶⁶⁾.

En general, el sintagma de *terra nullius* es de escasa utilización antes de avanzado el siglo XIX y sólo parece tener un uso significativo desde los años veinte del siglo XX con empleo creciente desde la segunda mitad de los sesenta ⁽⁶⁷⁾. Cierto es que antes ha podido correr bajo la expresión más añeja de *res nullius*, cosa de nadie, pero

J. WEBBER, *Beyond Regret: Mabo's Implications for Australian Constitutionalism*, en *Political Theory and the Rights of Indigenous Peoples*, eds. Duncan Ivison, Paul Patton y W. Sanders, Melbourne, CUP, 2000, cap. 4.

⁽⁶⁴⁾ Bruce BUCHAN, *The Empire of Political Thought: Civilization, Savagery and Perceptions of Indigenous Government*, en « History of the Human Sciences », 18 (2005), 2, pp. 1-22; ID., *Traffic of Empire: Trade, Treaty and Terra Nullius in Australia and North America, 1750-1800*, en « History Compass », 5 (2007), 2, pp. 386-405 (387-388).

⁽⁶⁵⁾ Merete BORCH, *Rethinking the Origins of Terra Nullius*, en « Australian Historical Studies », 32 (2001), 117, pp. 222-239; A. FITZMAURICE, *The Genealogy of Terra Nullius*, en « Australian Historical Studies », 38 (2007), 129, pp. 1-15, inicio: « the term *terra nullius* was not used in the eighteenth and nineteenth centuries to justify the dispossession of Australian Aborigines. *Terra nullius*, it seems, was an impostor. Debate is turning to why we embraced this legal fiction »; ID., *Sovereignty, Property and Empire*, cit., pp. 322-330 en especial. Reténgase el dato del desempleo pretérito en Australia.

⁽⁶⁶⁾ También por el contexto del índice en la línea de dicho encaramiento, *The Oxford Handbook of the History of International Law*, eds. Bardo Fassbender y Anne Peters, Oxford, OUP, 2012, donde *Terra Nullius* comparece con epígrafe exclusivo propio en un capítulo dedicado a *The Reception of Ancient Thought in Early Modern International Law*, pp. 1012-1033, debido a Kaius TUORI.

⁽⁶⁷⁾ FITZMAURICE, *Sovereignty, Property and Empire*, cit. Google Ngram Viewer da un resultado bastante similar en tal sentido para textos en inglés, en francés, en español y en alemán. *Terra nullius* no parece que lo use una jurisdicción imperial que

ello también significa que no acaba de acuñarse su aplicación específica a tierra o territorio, *terra* o *territorium nullius*. Se ha argüido que, si no se usaban estas expresiones más concretas, era porque ya se habían impuesto⁽⁶⁸⁾, pero que el efecto de expropiación se hubiera producido no significa que el principio de *terra nullius* fuera el aplicado por sí mismo. Ni siquiera habría estado en rigor identificado como tal.

Parece en suma que ha de ampliarse el enfoque más allá de la doctrina de *terra nullius* para comprender la historia de *terra nullius*. Lo ha hecho precisamente respecto a Australia, como aquí nos interesa, un autor ya citado, Bruce Buchan, con su obra *Empire of Political Thought*. El punto de partida de su exploración histórica de todo un paradigma imperialista es el caso *Mabo* y su narrativa de *terra nullius*, lo que para Buchan es simple historia-ficción, pura *post-history*. No se habría tratado de la construcción y aplicación de un principio jurídico, válido como tal en su tiempo, sino de una historia más cruda de producción e imposición de cultura invasora y depredadora que la humanidad no europea, la precolonial, del continente australiano y sus islas habría sufrido especialmente. *Empire of Political Thought* en particular se ocupa de cómo se produjo e impuso lo que puede considerarse la peor versión de esa cultura europea en el caso de Australia a la luz de un requerimiento de partida: « We need to look beyond *terra nullius* to other deeply entrenched European concepts, ideas and assumptions that were applied in the colonial dispossession of Indigenous Australians »,

entiende, entre otros asuntos, de adjudicación de territorios: Bonny IBHAWOH, *Imperial Justice: Africans in Empire's Courts*, Oxford, OUP, 2013, p. 34.

⁽⁶⁸⁾ Lorenzo VERACINI, *Terra nullius and the 'history wars'*, en « On Line Opinion. Australia's e-journal of social and political debate », post de 10-II-2006; « the fact it did not enter public discourse and was not legally specified until later only means that its application had gone without saying for a long time »; « *terra nullius* was not tested because its legality was not in doubt: this is one proof of its existence, not the contrary »; « *terra nullius* is one of those things that the more it is effective, the less you see it » porque su forma de aplicación ya le encubriría; « lack of evidence might itself be quite solid evidence » en casos como éste. El post es una crítica a CONNOR, *The Invention of Terra Nullius*, cit. El crítico está más acreditado, aunque tampoco exactamente como historiador: L. VERACINI, *Settler Colonialism: A Theoretical Overview*, Nueva York, PMac, 2010.

como ya se había anticipado literalmente por el propio Buchan en un par de artículos. Tenemos en suma que mirar más allá del derecho para entender aquel derecho ⁽⁶⁹⁾. En la misma Australia ya podía desde luego haberse señalado que « there is a vital connection between [...] their (indigenous peoples') alleged *barbarism*, *primitiveness*, *backwardness*, etc and the territorial concept of *terra nullius* » ⁽⁷⁰⁾, pero ahora se añade un matiz tan decisivo como que, para la propia historia colonial, lo primero, el racismo de fondo, es lo esencial y lo segundo, el derecho, lo ocasional, además de lo postrero.

El binomio de alcance normativo civilización-barbarie, o polinomio más bien por las variantes que admite en el segundo término, es el que realmente preside el constructo colonialista. No se trata de una oposición pura entre partes, sino de la dialéctica mediante la cual una de ellas se figura al tiempo a sí misma y a la otra, a ésta en términos de obligada sumisión y consiguiente heteronomía en beneficio, se entiende, común conforme a la misma presunción civilizatoria. Unos derechos, como el de disposición de la tierra, sólo caben para la parte que se comienza atribuyendo el primario de la determinación de unos criterios. Son las reglas de juego incluso para quienes, en la parte dominante, se oponen a este imperialismo en la metrópolis o a este colonialismo en sus periferias. « Even in opposition to empire, however, the image of European *civilization* was tied to the projection of its supposed opposite, *savagery*. Crucially, these two images were never purely descriptive,

⁽⁶⁹⁾ B. BUCHAN, *Empire of Political Thought: Indigenous Australians and the Language of Colonial Government* (2008), Londres, Routledge, 2016, introducción, pp. 2-3; para la anticipación literal, el par de sus artículos citados, refundidos, junto a otros, en el libro. Es menos incisivo a nuestros efectos Brett BOWDEN, *The Empire of Civilization: The Evolution of the Imperial Idea*, Chicago, University of Chicago Press, 2009. Más a propósito, R.A. WILLIAMS Jr., *Savage Anxieties: The Invention of Western Civilization*, Nueva York, PMac, 2012; FITZMAURICE, *Sovereignty, Property and Empire*, cit.; Mark PEARCEY, *The Exclusions of Civilization: Indigenous Peoples in the Story of International Society*, Nueva York, PMac, 2016; Duncan BELL, *Reordering the World: Essays on Liberalism and Empire*, Princeton, Princeton University Press, 2016, ocupándose éste de pensamiento británico sobre *settler colonialism*.

⁽⁷⁰⁾ Greg C. MARKS, *Indigenous Peoples in International Law: The Significance of Francisco de Vitoria and Bartolomé de las Casas*, en « Australian Year Book of International Law », 13 (1991), pp. 1-51 (28).

nor simply terms of recommendation or castigation ». Eran categorías de por sí normativas. Ordenaban describiendo, como si fuera ciencia y no disciplina. « These images could then be projected onto others with the appearance of description, thereby assimilating these others into a Eurocentric conceptual framework » (71). No es algo tan sencillo como un principio jurídico o una regla normativa que se aplique o que se desaplique, que inspire o que no inspire determinadas políticas (72).

Terra nullius, la idea expresada de una u otra forma, estaba ahí en ese contexto, pero centrarse en la misma no ayuda a percibir el panorama, sobre todo tras un debate como el australiano: « arguments over its application have deflected attention from how a range of other concepts were deployed in this colonial context ». Si nos interrogamos « Whither *Terra Nullius*? », habríamos ahora de responder que por la historia desde luego, pero por una historia bastante más reciente de lo que suele presumirse y además como racionalización postrera de unos acontecimientos al mismo tiempo igual de simples, con el polinomio civilización-barbaries y la forma muy diversificada como ese juego de polaridad se desarrolla tanto en el espacio como en el tiempo. El caso australiano resulta entonces singular, pero tan singular como los otros, no en el grado que se imagina cuando anacrónicamente se le reduce al único en el que se habría aplicado a fondo la doctrina de la *terra nullius*. Cada caso tiene su historia con el trasfondo común del imperio colonial de la cultura europea (73).

No es necesario ocuparnos aquí de las vicisitudes del *empire of political thought* a lo ancho de los espacios y a lo largo de los tiempos del imperialismo británico con la comparación en particular entre los principales casos pasados y presentes de su *settler colonialism*, colonialismo de asentamiento, como lo sean Estados, Unidos, Ca-

(71) BUCHAN, *Empire of Political Thought*, cit., pp. 3-4. Insiste ahora en la base racista del binomio Brenna BHANDAR, *Colonial Lives of Property: Law, Land, and Racial Regimes of Ownership*, Durham, Duke University Press (DUP), 2018.

(72) Karin MICKELSON, *The Maps of International Law: Perceptions of Nature in the Classification of Territory*, en « Leiden Journal of International Law », 27 (2014), 3, pp. 621-639.

(73) BUCHAN, *Empire of Political Thought*, cit., pp. 5-6, 17-18 y 141.

nadá, Australia y Nueva Zelanda ⁽⁷⁴⁾. Nos basta a nuestros efectos con la constatación de que la historia efectiva de la expropiación indígena no es la historia jurídica de la doctrina de *terra nullius*, así como con la evidencia de que ésta tiende a velar a aquella, la doctrina a la historia, no necesariamente a ocultarla por completo, pero sí a encubrir bajo una espesa sombra su entidad de dominación por Europa o por sus diásporas. *Terra nullius* ha operado « as shorthand for occupation, and sometimes even for conquest », como cifra de la ocupación y el dominio coloniales, cual coartada doctrinal del rampante racismo de la parte de humanidad que se entiende civilizada frente a otra tenida por más o menos bárbara ⁽⁷⁵⁾. A menudo todavía se prefiere no descifrarse, sobre todo entre juristas. En la historiografía actual basta un lenguaje presidido por términos primordialmente jurídicos para que la cifra siga sin deco-dificarse ⁽⁷⁶⁾. Sigue así el colonialismo sin mostrar su rostro incluso

⁽⁷⁴⁾ Andrew ARMITAGE, *Comparing the Policy of Aboriginal Assimilation: Australia, Canada, and New Zealand*, Vancouver, UBCP, 1995; Paul HAVEMANN, *Indigenous Peoples' Rights in Australia, Canada, and New Zealand*, Oxford, OUP, 1999; Peter KARSTEN, *Between Law and Custom: 'High' and 'Low' Legal Cultures in the Lands of the British Diaspora. The United States, Canada, Australia and New Zealand, 1600-1900*, Cambridge, CUP, 2002; Julie EVANS, Patricia GRIMSHAW, David PHILIPS y Shurlee SWAIN, *Equal subjects, unequal rights: Indigenous peoples in British settler colonies, 1830s-1910*, Manchester, ManUP, 2003; P.G. MCHUGH, *Aboriginal Societies and the Common Law: A History of Sovereignty, Status, and Self-Determination*, Oxford, OUP, 2004; *Aboriginal Title and Indigenous Peoples: Canada, Australia, and New Zealand*, eds. Louis A. Knafla y Haijo Westra, Vancouver, UBCP, 2010; MILLER, RURU, BEHRENDT y LINDBERG, *Discovering Indigenous Lands*, cit.; Lisa FORD, *Settler Sovereignty: Jurisdiction and Indigenous People in America and Australia, 1788-1836*, Cambridge Mass., HUP, 2010; *Between Indigenous and Settler Governance*, eds. L. Ford y T. Rowse, Londres, Routledge, 2013; FITZMAURICE, *Sovereignty, Property and Empire*, cit.; Miranda JOHNSON, *The Land is Our History: Indigeneity, Law, and the Settler State*, Nueva York, OUP, 2016; *Citizenship in Transnational Perspective: Australia, Canada, and New Zealand*, ed. Jatinder Mann, Londres, PMac, 2017, parte III.

⁽⁷⁵⁾ FITZMAURICE, *Sovereignty, Property and Empire*, cit., p. 330, tras ocuparse del caso *Mabo*: « The great complexity of justifications for European empire was often reduced to a generalised claim that non-European lands and people were simply treated as *terra nullius* ».

⁽⁷⁶⁾ Martti KOSKENNIEMI, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law, 1870-1960*, Cambridge, CUP, 2001, no problematiza *terra nullius*, coherente con el detalle de que no se ocupa del derecho internacional como *bloody*

aunque se le nombre. Esto marca un paradigma encubridor que no necesita de negacionismo como tampoco de la complicidad de quienes lo reproducen (77).

La primera sentencia federal por reivindicación de derecho indígena sobre la tierra en la Australia contemporánea se produjo en 1971. Fue desestimatoria. Reconocía que el tracto normativo de exclusión de derecho indígena no era tan claro como sería de desear, pero esto porque se le tenía desde siempre por evidente: « Had there been any doubt there would have been an express pronouncement either by the government at home or by the authorities in the colony » (78). *Home* se refiere a Gran Bretaña. Dicho de otra forma, la corte se lamentaba de que no se documentase debidamente la *terra nullius*. Si no existe en la historia, se le inventa para las conveniencias del presente, viene a decidirse luego. En definitivas cuentas, para el derecho australiano *terra nullius* ha sido un invento de *Mabo v. Queensland* a fin de aplicársele al pasado y desaplicársele al presente, puede que tan en falso lo uno como lo otro (79). Ahora que estamos en conocimiento de causa es el momento de verlo.

destroyer of peoples, siendo esos los años cuando la misma se formaliza y aplica de forma explícita. Como muestra, con jurisprudencia, James SIMSARIAN, *The Acquisition of Legal Title to Terra Nullius*, en « Political Science Quarterly », 53 (1938), 1, pp. 111-128.

(77) Para ejemplo, RAY, *Aboriginal Rights Claims and the Making and Remaking of History*, cit., pns. 533-538: « The prevalence of non-Aborigines' ethnocentric perspectives meant that colonial settlement effectively proceeded according to a legal fiction derived from Roman law called *terra nullius* [...]. This meant that [...] the continent had belonged to no one when colonists first arrived ». La fuerza del paradigma puede detectarse en FELLMETH y HORWITZ, *Guide to Latin in International Law*, cit.

(78) Nancy WILLIAMS, *The Yolngu and Their Land: A System of Land Tenure and the Fight for Its Recognition*, Canberra, Australia Institute for Aboriginal Studies, 1986; CURTHOYS, GENOVESE y REILLY, *Rights and Redemption*, cit., pp. 3-5 y 37-38 (con la cita jurisprudencial, del caso *Millirpum v. Nabalco*); SECHER, *Aboriginal Customary Law*, cit., pp. 32-33; RAY, *Aboriginal Rights Claims and the Making and Remaking of History*, cit., pns. 1998-2190.

(79) El tópico se ha reavivado para descalificar al negacionismo: H. REYNOLDS, *Terra nullius reborn*, en *Whitewash: On Keith Windschuttel's 'Fabrication of Aboriginal History'*, ed. Robert Manne, Melbourne, Black Inc., 2003, cap. 3, cuestión que aquí nos excede. Para análisis historiográfico más cuidadoso de la obra negacionista de Keith Windschuttel, el ariete intelectual en materia indígena del giro político referido del primer ministro John Howard, y sobre su confrontación con Henry Reynolds y con otra

4. *Lo que la sentencia dijo y lo que no dijo: la parábola del colonialismo.*

Fundamentando el fallo de *Mabo v. Queensland* la Alta Corte declara que « the common law of this country recognizes a form of native title which, in the cases where it has not been extinguished, reflects the entitlement of the indigenous inhabitants, in accordance with their laws or customs, to their traditional lands »⁽⁸⁰⁾. El título nativo a la tierra lo reconoce el *common law*; tras toda la historia habida; puede encontrarse legítimamente extinguido; en la medida en la que así pueda todavía existir o incluso recuperarse, se regula por el propio derecho indígena. El título es heterónomo; su ejercicio, autónomo. Se ha quedado en solitaria minoría el voto conforme al cual no cabría título propio alguno por considerarse que la propiedad indígena, como especie se entiende de *waste land*, sería « a form of permissive occupancy at the will of the Crown », lo que ahora equivaldría a la Commonwealth de Australia, a sus poderes federales. Así es como la mayoría de la Alta Corte se plantea la cancelación de la doctrina de *terra nullius* y un solo voto, su mantenimiento. Pese a esto, la propia mayoría entiende que la discrepancia no lo es tanta. Al fin y al cabo, el título es derivado de *common law* y puede ser extinguido igual que ha podido venir siéndolo⁽⁸¹⁾.

historiografía académica, ATTWOOD, *Telling the Truth about Aboriginal History*, cit., parte II.

⁽⁸⁰⁾ Ya está explicado que la sentencia se conforma por opiniones o votos concurrentes formando la mayoría. La componen Anthony Mason, el presidente, Gerard Brennan, John Toohey, William Deane, Mary Gaudron y Michael McHugh. Discrepa Daryl Dawson. El acuerdo entre los votos que forman la mayoría no es completo. Sólo tres jueces, Deane, Toohey y Gaudron, admiten la posibilidad de reparación por la extinción de derecho indígena, con lo que hay así también dentro de la mayoría una minoría. Mason, el presidente, indica el voto de Brennan como el más representativo de la opinión común que fundamenta la decisión, por lo cual se guían mis citas. Toohey, en la minoría de la mayoría, se significa entre todos porque su voto más apreciativo de derecho indígena se debe a su superior conocimiento de causa: *Uluru (Ayers Rock) National Park and Lake Amadeus/Luritja Land Claim: Report by the Aboriginal Land Commissioner, Mr Justice Toohey, to the Minister for Aboriginal Affairs and to the Minister for Home Affairs*, Canberra, Australian Government Publishing Service, 1980.

⁽⁸¹⁾ Voto de Mason y McHugh, par. 2; voto de Dawson, par. 34: « Aboriginal title (and it is in this context that the word 'title' is misleading) is an occupancy which the Crown, as absolute owner, permits to continue. The permission may be withdrawn ».

Tamañas implicaciones no dejan de especificarse por los razonamientos de los votos concurrentes de la sentencia. Aquí entra con fuerza la historia. Se nos explica que Australia fue objeto de apropiación legítima conforme al derecho internacional de la época. Pudo hacerse por ocupación porque no habría soberano reconocido en el territorio, el supuesto precisamente de la doctrina de marras: « sovereignty of a territory could be acquired under the enlarged notion of *terra nullius*, for the purposes of the municipal law that territory, though inhabited, could be treated as a *desert uninhabited* country. The hypothesis being that there was no local law already in existence in the territory ». Este *municipal* o *local law*, el *law of the land*, se aclara enseguida que hubo de ser ya de entrada el *common law* y ningún otro: « The law of England became the law of the territory, and not merely the personal law of the colonists. Colonies of this kind were called ‘settled colonies’. *Ex hypothesi*, the indigenous inhabitants of a settled colony had no recognized sovereign, else the territory could have been acquired only by conquest or cession. The indigenous people of a settled colony were thus taken to be without laws, without a sovereign and primitive in their social organization. In a settled colony in inhabited territory, the law of England was not merely the personal law of the English colonists; it became the law of the land, protecting and binding colonists and indigenous inhabitants alike and equally », a indígenas tanto como a no indígenas. Un binomio civilización-barbarie se ve que está presente, pero sólo de forma que se entiende incidental. El principio de *terra nullius* habría sido lo decisivo.

Ahora se le repudia no tanto por entenderse que fuera en sus tiempos mal derecho como porque no se habría dado el supuesto de hecho necesario para su aplicación, lo cual, esto último, es lo que lo inhabilitaría para el momento presente. « The facts as we know them today do not fit the ‘absence of law’ or ‘barbarian’ theory underpinning the colonial reception of the common law of England. That being so, there is no warrant for applying in these times rules of the English common law which were the product of that theory ». Para

La expresión citada como de Dawson se la atribuyen Mason y McHugh, pero puede verse que responde plenamente a sus planteamientos. Las citas de la sentencia que ahora siguen lo son del voto de Brennan, pars. 33-36, 38, 40, 43, 55, 66 y 68.

la inhabilitación presente el derecho internacional ayuda. « The theory of *terra nullius* has been critically examined in recent times by the International Court of Justice in its Advisory Opinion on Western Sahara ». « The common law does not necessarily conform with international law, but international law is a legitimate and important influence on the development of the common law, especially when international law declares the existence of universal human rights ». La alegación también sirve para despejar la sombra del polinomio civilización-barbaries. « It is contrary both to international standards and to the fundamental values of our common law to entrench a discriminatory rule which, because of the supposed position on the scale of social organization of the indigenous inhabitants of a settled colony, denies them a right to occupy their traditional lands ».

Con todo ello resulta que *terra nullius* habría sido un elemento indeseable adherido al *common law*, a un derecho común a indígenas y no indígenas que ahora vendría a depurarse por sí mismo y con la asistencia del derecho internacional. Así vistas las cosas, suprimir la adherencia no ha de afectar al edificio. Incluso el principio de *common law* de la pertenencia a la Corona de la *waste land*, esto es Australia, debe mantenerse como base de partida. « However, recognition by our common law of the rights and interests in land of the indigenous inhabitants of a settled colony would be precluded if the recognition were to fracture a skeletal principle of our legal system. The proposition that the Crown became the beneficial owner of all colonial land on first settlement has been supported by more than a disregard of indigenous rights and interests. It is necessary to consider these other reasons for past disregard of indigenous rights and interests and then to return to a consideration of the question whether and in what way our contemporary common law recognizes such rights and interests in land ». Al fin y al cabo, de ese derecho de la Corona procede históricamente todo derecho tanto dominical como político en la Australia contemporánea. No es de extrañar lo visto de que la mayoría manifieste que el voto discrepante no lo es tanto.

Todo ello encuadra y condiciona el propio reconocimiento del título nativo a la tierra. En primer lugar se le entiende comprendido en ese *common law* que sería común antes y ahora a indígenas y no

indígenas. Tal mismo derecho de la Corona habría existido siempre en beneficio de una nación que comprendería a todos. « It is right to describe the powers which the Crown — at first the Imperial Crown and later the Crown in right of the respective Colonies — exercised with respect to colonial lands as powers conferred for the benefit of the nation as a whole ». El mismo reconocimiento, ahora, de título indígena no sólo a la tierra, sino también a efectos de la regulación de sus formas de pertenencia, colectiva o individual, y de su régimen de transmisión y sucesión, ha de acomodarse a dicho cuadro. « The common law can, by reference to the traditional laws and customs of an indigenous people, identify and protect the native rights and interests to which they give rise. However, when the tide of history has washed away any real acknowledgment of traditional law and any real observance of traditional customs, the foundation of native title has disappeared ». « the transmission or acquisition of rights and interests on death or marriage, the transfer of rights and interests in land and the grouping of persons to possess rights and interests in land are matters to be determined by the laws and customs of the indigenous inhabitants, provided those laws and customs are not so repugnant to natural justice, equity and good conscience ». Aunque más limitadamente por supuesto, incluso el derecho reconocido queda, igual que para el voto discrepante, « at the will of the Crown », esto es ahora de la Commonwealth de Australia, de sus legislaturas y sus magistraturas, pese al énfasis de la mayoría en rechazar de plano la idea ⁽⁸²⁾. El derecho indígena rige, como ha regido, por tolerancia. Según acaba de decirsenos, « the tide of history », el tsunami de la historia, puede seguir arrasándolo.

¿Ha habido reconocimiento de derecho indígena a la tierra y los recursos de sus territorios? No se aprecia así de parte indígena: « Native title recognition of rights to land was a hollow victory emanating from the High Court decision in *Mabo (No. 2)*. [...] We

(82) También el voto de Deane y Gaudron, par. 34, rechaza tajantemente que ni siquiera en el pasado, una vez que se ha rechazado la adherencia de *terra nullius*, « the common law native title recognized by the law of a British Colony was no more than a permissive occupancy which the Crown was lawfully entitled to revoke or terminate at any time ». En todo caso, este mayor énfasis es lo que les permite la defensa de un derecho a la reparación que no logró hacerse con la mayoría.

are still bedevilled by the legacy of *terra nullius* » (83). « The common law doctrine enunciated in *Mabo* did not of itself put an end to dispossession ». A nuestras alturas, lo más común es señalar que no se ha dado el desarrollo que *Mabo* anunciaba, pero desde temprano pudo entenderse otra cosa. Ahí que los problemas proseguían para la parte indígena y comenzaban para otros, inclusive juristas: « it remains the case that few (lawyers) are conceptually equipped to bridge the gap between the two systems of law with which the legal pluralism of *Mabo* confronts them » (84). Entre estos « dos sistemas jurídicos », dos o más pues el pluralismo es también indígena, y su relación profundamente desigual por efecto del colonialismo anida por supuesto la dificultad primaria, pero hay más niveles o espacios como también más brechas. ¿Se halla la jurisprudencia, la judicial y la doctrinal, preparada para el triple o cuádruple frente de integración que el propio planteamiento de la sentencia estaría requiriendo? Se trata no sólo de concurrencia de *common law* y órdenes indígenas, éstos en plural, sino también entre derecho australiano, con su complejidad federal, y derecho internacional. En la misma sentencia pesan severamente unos problemas.

En la sentencia, el mismo encuadramiento en el derecho internacional podía quedar inhabilitado por el reforzamiento paralelo del *common law* como referencia exclusiva para el reconocimiento del título indígena. Resulta que el segundo ni siquiera tendría nada que ver con el efecto de desposesión masiva que ahora se imputa a la doctrina de *terra nullius*. El *common law* comparece como un derecho immaculado que se habría contaminado por ese elemento externo. Empieza por hacerlo como si su solo arribo

(83) Irene WATSON, *First Nations, Indigenous Peoples: our laws have always been here*, en *Indigenous Peoples as Subjects of International Law*, Londres, Routledge, 2018, ed. Ead., cap. 5, pp. 112-113.

(84) Hall WOOTTEN, *The end of dispossession? Anthropologists and lawyers in the native title process*, en *The Native Title Era: Emerging Issues for Research, Policy and Practice*, eds. J. Finlayson y D.E. Smith, Canberra, ANUP, 1995, pp. 101-118 (102 y 107); no solo para ulterior contraste entre profesiones, BURKE, *Law's Anthropology*, cit., caps. 2 sobre Islas Murray y, como ya sabemos, 3 sobre *Mabo*; para problemática de relaciones y mediaciones entre « los dos sistemas », indígena y no indígena, *Indigenous Australians, Social Justice and Legal Reform: Honouring Elliott Johnston*, eds. Hossein Ismaeili, Gus Worby y Simone Tur, Sidney, The Federation Press, 2016.

despejase el terreno de todo derecho indígena ⁽⁸⁵⁾. La sentencia ni se plantea otra posibilidad. Tampoco se imagina que el mismo *common law* hubiese podido generar desde temprano por su propia cuenta, internamente y en sus aledaños, el binomio que se iría conformando como de civilización-barbarie ⁽⁸⁶⁾, el que, con variantes, vendría a acentuarse a medida que avanzara la expansión británica fuera de Europa. El propio derecho de gentes, luego internacional sin solución de continuidad a este respecto ⁽⁸⁷⁾, tampoco es perceptible para la sentencia como criatura que se gestara en el mismo caldo de cultivo de tal polaridad. *Terra nullius* constituiría siempre, en una historia tan inverosímil, una adherencia, como tal entendida por fácilmente depurable ahora.

Otra se figura que sería la historia en lo referente al derecho internacional actual. Aquí ya se produciría una sintonía confesable. Lo hemos visto. La sentencia invoca, por una parte, en lo que toca a *terra nullius*, el pronunciamiento de la Corte Internacional de Justicia sobre Sahara Occidental y, por otra, con carácter más general, el derecho internacional de los derechos humanos. No

⁽⁸⁵⁾ Sobre la bastante más problemática exportación del *common law* a las colonias, Christian BURSET, *Why Didn't the Common Law Follow the Flag?*, a publicarse en « Virginia Law Review », 2019, anticipado online en *Social Science Research Network*. Entre metrópolis y colonias es relativa incluso la doctrina de las *waste lands of the Crown*: Vittoria DI PALMA, *Wasteland: A History*, New Haven, Yale University Press, 2014, pp. 12-19, las *waste lands* como *commons* para gentes del común en el siglo XVII.

⁽⁸⁶⁾ Mark NETZLOFF, *England's Internal Colonies: Class, Capital, and the Literature of Early Modern English Colonialism*, Londres, PMac, 2004; Laura O'CONNOR, *Haunted English: The Celtic Fringe, the English Empire, and De-Anglization*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 2006; Michael HECHTER, *Internal Colonialism: The Celtic Fringe in English National Development (1975), with a new introduction and a new appendix*, Londres, Routledge, 2017.

⁽⁸⁷⁾ Alpheus Henry SNOW, *The Question of Aborigines in the Law and Practice of Nations: Including a Collection of Authorities and Documents*, Washington, US Government Printing Office, 1919; M.F. LINDLEY, *The Acquisition and Government of Backward Territory in International Law: Being a Treatise of the Law and Practice Relating to Colonial Expansion*, Nueva York, Longman, Greens and Co., 1926. En el ámbito teórico eran tiempos de repesca de teología católica legitimadora de la primera expansión ultraoceánica europea idealizándosele de forma que desfigura la misma continuidad: Antony ANGHIE, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law* (1999), Cambridge, CUP, 2005, cap. 1: *Francisco de Vitoria and the colonial origins of international law*.

obstante, ha podido achacársele que no se haya situado en un ámbito de derecho público que habría de incluir al derecho internacional. « Instead of a *common law* framework, the High Court, in *Mabo No. 2*, should have relied on principles, standards and values of the public law: including the international law of human rights »⁽⁸⁸⁾. Efectivamente, habrá podido constatarse cómo la resolución se encierra en el mundo del *common law* viniendo el derecho internacional como simple refuerzo o más bien adorno exterior. De haberse situado el caso en su ámbito, otra tendría que haber sido la resolución o al menos no podría haber resultado tan favorable al mantenimiento del tracto colonial del propio *common law*. Sin hablar ya por supuesto de colonialismo, hemos visto como esto mismo se fortalece.

Por su parte, la referencia habría de ser a un derecho internacional que ya lleva décadas, desde 1960, pugnando por hacer cuentas con su pasado constitutivamente colonial mediante la emergencia consiguiente de los pueblos indígenas a una posición de sujetos de derechos no dependientes de acreditación por Estados o por el colonialismo anterior⁽⁸⁹⁾. A nuestras alturas las cosas han cambiado además bastante. Ya lo hemos visto. En 2007 la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas ha cancelado radicalmente la doctrina de *terra nullius*. Recordemos: « Indigenous peoples have the right to the lands, territories and resources which they have traditionally owned, occupied or otherwise used or acquired »; « States shall provide effective mechanisms for prevention of, and redress for: [...] any action which has the aim or effect of dispossessing them of their lands, territories or

(88) Imtiaz OMAR, *The Semantics of 'Mabo': An Essay in Law, Language and Interpretation*, en « James Cook University Law Review », 2 (1995), pp. 154-171 (155). Ya advertimos que se le dice *Mabo 2* porque hay una *Mabo 1*, ésta algo, sólo algo, más receptiva de derecho internacional, en concreto de la Convención de Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial: <http://www6.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/cases/cth/HCA/1988/69.html>, la *Mabo 1*.

(89) B. CLAVERO, *Derecho global. Por una historia verosímil de los derechos humanos*, Madrid, Trotta, 2014, cap. 3 especialmente. Para el estado del derecho indígena a la tierra en el orden internacional a las vísperas de la Declaración a la que ahora regresamos, Jérémie GILBERT, *Indigenous Peoples' Land Rights under International Law: From Victims to Actors*, Ardsley, Transnational Publishers, 2006.

resources »⁽⁹⁰⁾. Esto marca el final de la historia de *terra nullius*. Debiera hacerlo. Habría de ser el actual término de referencia de derecho para Australia como por doquier⁽⁹¹⁾.

La colación de la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre el Sahara Occidental, tan socorrida todavía hoy sobre todo entre iusinternacionalistas, no compromete en cambio a nada⁽⁹²⁾. El supuesto de Australia no es exactamente el mismo. El africano es de colonialismo exterior y el australiano, del ya interiorizado. Mas la historia es parecida a la de *Mabo*, sobre todo en la medida en la que no se enfrenta con los problemas de fondo heredados del colonialismo europeo, hispano o británico que sea. Por parte de Argelia se dio el intento de reconducir el asunto de forma que el derecho internacional afrentase las exigencias de su propia descolonización intestina. Francia era quien había introducido en la región el tópico de la *terra nullius* con el objeto vano de retener el Sahara argelino bajo la pretensión de que, por reputarlo tierra de nadie, le pertenecía. De ahí cercanamente procedían los términos de la pregunta dirigida por la Asamblea General de Naciones Unidas a la Corte Internacional de Justicia: « Was Western Sahara (Río de Oro and Sakiet El Hamra) at the time of colonization

⁽⁹⁰⁾ El reconocimiento de derecho indígena a la tierra y el territorio ya lo había formulado en 1989 la Organización Internacional del Trabajo con su Convenio sobre los Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, pero este instrumento necesita, como tratado, ratificación que Australia nunca ha prestado. Respecto a la Declaración, Australia votó en contra en la Asamblea General en 2007, pero la aceptó en 2009, con ceremonia en el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de la que fui testigo más bien escéptico, pasándose finalmente a una posición ambigua: Sheryl R. LIGHTFOOT, *Selective endorsement without intent to implement: Indigenous rights and the Anglosphere*, en « The International Journal of Human Rights », 16 (2012), 1, *Indigenous peoples' rights: new perspectives*, pp. 100-122.

⁽⁹¹⁾ *Making the Declaration Work: The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, eds. Claire Charters y Rodolfo Stavenhagen, Copenhagen, Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas, 2009; *Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, eds. Stephen Allen y A. Xanthaki, Oxford, Hart, 2011; Charmaine WHITE FACE (Zumila Wobaga), *Indigenous Peoples' Rights in the Balance: An Analysis of the Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, St. Paul, Living Justice Press, 2013; *The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: A Commentary*, eds. Jessie Hohmann y Marc Weller, Oxford, OUP, 2018.

⁽⁹²⁾ http://www.icj-cij.org/files/case-related/61/061-19751016-ADV-01-00-E_N.pdf, la Opinión Consultiva.

by Spain a territory belonging to no one (*terra nullius*)? »⁽⁹³⁾. A lo que aquí nos interesa, en resumidas cuentas, ¿qué aporta el caso de Sahara Occidental, salvo comparación y contraste, a la jurisprudencia o a la historiografía australianas?

El caso de la doctrina de *terra nullius* no es único. Hay otras de derecho internacional que igual juegan cual eufemismos cómplices y encubridores de historias de colonialismo europeo. He ahí el caso más cercano de la doctrina de *uti possidetis*, « así como poseéis », conforme a la cual los nuevos Estados se delimitan legítimamente mediante fronteras preexistentes⁽⁹⁴⁾, unas fronteras debidas de hecho menos al establecimiento de pueblos que a la acción de potencias coloniales. He aquí una presunta aportación de América Latina al derecho internacional como si hubiera atravesado una temprana experiencia de descolonización⁽⁹⁵⁾. Ya también en este espacio, bien avanzando el siglo XIX, se invocaba el principio de *terra nullius*, con uno u otro lenguaje, precisamente para negarlo. No la habría a esas alturas a todo lo largo y ancho de las Américas. Con esto no sólo se estaba negando la existencia de territorios indígenas independientes, sino también saliendo al paso de las tentaciones

(93) Karen KNOP, *Diversity and Self-Determination in International Law*, Cambridge, CUP, 2002, pp. 110-167; Jacques Eric ROUSSELLIER, *Elusive Sovereignty — People, Land and Frontiers of the Desert: The Case of the Western Sahara and the International Court of Justice*, en « The Journal of North African Studies », 12 (2007), 1, pp. 55-78; Umut ÖZSU, *Determining New Selves: Mohammed Bedjaoui on Algeria, Western Sahara, and Post-Classical International Law*, en *The Battle of International Law in the Decolonization Era*, eds. Jochen von Bernstorff y Philipp Dann, a publicarse en Oxford University Press, capítulo anticipado en *academia.edu*.

(94) FELLMETH y HORWITZ, *Guide to Latin in International Law*, cit., p. 287: « *Uti possidetis (iuris)*: 'So that you may (rightly) possess'. A modern principle according to which a change in sovereignty over a territory, especially due to independence following decolonization, does not ipso facto alter that territory's administrative boundaries as established by colonial authorities out of respect for succession to legal title by the new sovereign ».

(95) Julio A. BARBERIS, *Les règles spécifiques du droit international en Amérique Latine* (1992), Leiden, Brill, 2008, parte II, cap. 1, sec. 1; Jairo RAMOS ACEVEDO, '*Uti possidetis*'. *Un principio americano y no europeo*, en « Misión Jurídica. Revista de Derecho y Ciencias Sociales », 5 (2012), pp. 145-163.

europas de hacerse todavía con ellos ⁽⁹⁶⁾. A los mismos efectos, de igual modo y de forma también postrera, comenzó a invocarse el principio de *uti possidetis* en virtud del cual todas las fronteras entre Estados americanos serían contiguas, sin espacios indígenas, tal y como con toda inconsistencia se presume que lo habrían ya sido las fronteras coloniales, lo que interiormente permitía, sin necesidad de alegar *terra nullius*, la anexión por unos u otros medios, bélicos incluidos. No es de esperar que vaya a venir de momento ninguna jurisprudencia, ni internacional ni de Estado, a cuestionar el principio de *uti possidetis* una vez que rinde tan buenos servicios neocoloniales, en las Américas y a través de otros continentes ⁽⁹⁷⁾, como fórmula para la descolonización sólo exterior y no interna, con el efecto adicional de redondeo del mapa de un derecho internacio-

⁽⁹⁶⁾ Como ejemplo que interesa al imperialismo británico, Wolfgang GABBERT, *The Kingdom of Mosquitia and the Mosquito Reservation: Precursors of Indian Autonomy?*, en *National Integration and Contested Autonomy: The Caribbean Coast of Nicaragua*, ed. Luciano Baracco, Nueva York, Algora, 2011, cap. 1. Y hay *Terra Australis Nullius* también por América: Sue BALLYN, *La Australia Argentina: From 'Terra Nullius' to Tierra de Fuego*, en «Journal of European Association of Studies on Australia», 1 (2009), pp. 90-96. Lanzó la expresión Roberto J. PAYRÓ, *La Australia argentina. Excursión periodística a las Costas Patagónicas, Tierra del Fuego e Isla de los Estados*, Buenos Aires, Imprenta La Nación, 1898, con *carta-prólogo* de Bartolomé Mitre, quien había sido presidente de la República, utilizando el concepto cancelatorio de presencia indígena, p. VI: «territorio [...] considerado durante siglos como *res nullius*».

⁽⁹⁷⁾ Dirdeyri M. AHMED, *Boundaries and Secession in Africa and International Law: Challenging 'Uti Possidetis'*, Cambridge, CUP, 2015, ya de partida (pp. 1-5) advirtiendo sobre unas fronteras establecidas «paying little attention to the cohesiveness of peoples randomly fenced or divided by them», así como señalando la inexistencia de una regla internacional vinculante de *uti possidetis* por mucho que se pretenda que la hay desde las independencias latinoamericanas y por mucho que la Corte Internacional de Justicia también pretenda otra cosa; DOYLE, *Indigenous Peoples, Title to Territory, Rights and Recourses*, cit., p. 218: la alegación del principio *uti possidetis* por los Estados y su aplicación por dicha Corte sirve «to deny potential challenges to their (indigenous peoples') non-consensual inclusion within new created States irrespective of the manner in which title over their territory had been acquired by the colonial powers». También rinde ahora servicios estatales, no mas sensibles a la identificación de pueblos, en contextos no tan coloniales: Jure VIDMAR, *Democratic Statehood in International Law: The Emergence of New States in Post-Cold War Practice*, Oxford, Hart, 2013, cap. 8.2: *The Creation of New States and the 'Uti Possidetis' Principle*, con la constatación de la arbitrariedad del principio como fórmula de descolonización (p. 205).

nal como orden de Estados y entre Estados, pero bueno es que se cuestione por la historiografía ⁽⁹⁸⁾.

En lo que importa a *terra nullius*, tanto la opinión consultiva de la Corte internacional como la sentencia de la australiana gozan de buena prensa, pero el escrutinio nos ha dejado un sabor, como poco, agri dulce. « *Mabo* cannot be considered an anticolonial revolution in legal reasoning » por razones bien a la vista si se aplica la mirada. El reconocimiento del *native title* ni siquiera tiene fuerza para invalidar derechos adquiridos ilegítimamente a la luz de la propia cancelación del principio de *terra nullius*. « Where the existence of native title may produce possible conflict with non-indigenous interests, it would be the rights of the native title holders that would yield. Thus, not one millimetre of not indigenous land was at risk from the principles led out by *Mabo* » ⁽⁹⁹⁾. Previo y todo, una vez que no hay *terra nullius*, el derecho indígena no prevalece sobre los derechos e intereses de tracto, en último término, colonial. Lo más que se prevé es el acomodo del título indígena con derecho no-indígena o incluso con intereses creados por concesiones administrativas como, por ejemplo, de pastos o de minas. Sólo hay posibilidad de derecho propiamente dominical de no darse o de caducar dichas interferencias. Título nativo resulta mera expectativa ⁽¹⁰⁰⁾.

⁽⁹⁸⁾ LORENTE, '*Uti possidetis, ita domini eritis*', cit., bien advertida (p. 138): « I am aware that both the analysis of the causes and consequences of acknowledging *uti possidetis* as a principle of international law, and the assessment of the arguments in favour and against it that are discussed these days, are of greater interest than the history of the principle or the historiography generated by its implementation »; pp. 144-145 y 152-153, acerca de la incidencia indígena del juego entre *uti possidetis* y *terra nullius*.

⁽⁹⁹⁾ SHORT, *Reconciliation and Colonial Power*, cit., pp. 38-42 (39).

⁽¹⁰⁰⁾ Maureen TEHAN, *To Be or Not to Be (Property): Anglo-Australian Law and the Search for Protection of Indigenous Cultural Heritage*, en « University of Tasmania Law Review », 15 (1996), 2, pp. 267-305; Patrick CULLINANE, *The Co-Existence of Native Title and Common Law Proprietary Interests: 'Wik Peoples v. Queensland'*, en « James Cook University Law Review », 4 (1997), pp. 111-114; Janice GRAY, *Is Native Title a Proprietary Right?*, en « Murdoch University Electronic Journal of Law », 9 (2002), 3, artículo 9. No entro en los ejercicios doctrinales de aprovechar las peculiares sutilezas de raíz feudal de los derechos reales en el *common law* (*freehold, leasehold, copyhold, fee-simple, fee-tail...*) para ubicar el *native title* distinguiéndole categóricamente del derecho de propiedad, como tampoco entro en el australiano *Torrens Register* que elude el riesgo de que la otorficación de *common law* condujere a derecho indígena. Lo que

Puede acusarse que, si *Mabo* declara solemnemente la anulación de la *terra nullius*, ni el intento hace con el *aqua nullius*, la especie de equivalente para mares y para aguas interiores ⁽¹⁰¹⁾. Es extensión relevante para el pueblo meriam, un pueblo que se presenta a sí mismo como *saltwater people*, gente de agua salada ⁽¹⁰²⁾. Y respecto al derecho a la tierra ha de empezar por probarse el tracto de alguna relación con ella y de algún derecho consuetudinario desde tiempos precoloniales, lo que los efectos del mismo colonialismo dificultan, cuando no imposibilitan ⁽¹⁰³⁾. Sigue

interesa es que una jerarquía colonial se mantiene: L. BEHRENDT y Loretta KELLY, *Resolving Indigenous Disputes: Land conflict and beyond*, Sidney, The Federation Press, 2008, p. 3: « Freehold title — the title under which most Australians hold their land — is [...] superior to native title ». Sobre el registro de invención australiana, BHANDAR, *Colonial Lives of Property*, cit., cap. 2.

⁽¹⁰¹⁾ BECKETT, *Encounters with Indigeneity*, cit., cap. 5: *The Torres Strait islanders and the pearling industry: A case of internal colonialism* (1977); S.B. KAYE, *Jurisdictional Patchwork: Law of the Sea and Native Title Issues in the Torres Strait*, en « Melbourne Journal of International Law », 2 (2001), 2, pp. 381-413; N. SHARP, *Saltwater People: The Waves of Memory*, Toronto, UTP, 2002, p. 5. « The Meriam are seafarers and fishers and for them the sea is life »; Lauren BUTTERLY, *Clear Choices in Murky Waters: 'Leo Akiba on behalf of the Torres Strait Regional Seas Claim Group v. Commonwealth of Australia*, en « Sidney Law Review », 35 (2013), 1, pp. 237-252; Katie O'BRYAN, *More Aqua Nullius? The 'Traditional Owner Settlement Act 2010' (Vic) and the Neglect of Indigenous Rights to Manage Inland Water Resources*, en « Melbourne University Law Review », 40 (2017), 2, pp. 547-593. No entro en la función colonial de las reglas del mar libre o abierto y de las aguas territoriales de Estados versus derechos de pueblos indígenas. Lauren BENTON, *A Search for Sovereignty: Law and Geography in European Empires, 1400-1900*, Nueva York, CUP, 2010, sobre mares e islas a la luz de dicha función colonial, sin alcanzar al Torres Strait.

⁽¹⁰²⁾ <https://www.youtube.com/watch?v=wNMOa3vs5g4>: Juegos de Papúa-Nueva Guinea del 2014, canción interpretada por Christine ANU, meriam, adaptando un poema, que originalmente se refería a la isla de Elcho o Galiwinku, de Neil MURRAY, *My Island Home*: « For I come from a saltwater people / We always lived by the sea ». Se habrá observado el título de SHARP, *Saltwater People*, cit. Arranca con el poema, ubicando la interpretación en los Juegos Olímpicos de 2000 en Sidney, Elizabeth McMAHON, *The gilded cage: From utopia to monad in Australia's island imaginary*, en *Islands in History and Representation*, ed. Rod Edmond y Vanessa Smith, Londres, Routledge, 2003, cap. 12. SALTWATER BAND es el nombre del grupo musical liderado por Gurrumul Yunupingu, del pueblo yolngu de dicha isla de Galiwinku, archipiélago de Wessel, al norte centro de Australia.

⁽¹⁰³⁾ Karin DERKLEY, *Ancient customs, legal first*, en « The Law Institute Journal », 71 (1997), 1, pp. 14-16; Kent McNEIL, *The Vulnerability of Indigenous Land Rights*

así comprometiéndose no sólo la propiedad indígena, sino también, por necesitarla, las posibilidades de subsistencia de comunidades políticas indígenas capacitadas por título y derecho propios así como, con ello, la recuperación de los correspondientes pueblos. Se estorba el derecho privado a la tierra y se impide el derecho político al territorio. Con todo y en suma, subsistiendo los efectos de fondo del colonialismo, *terra nullius* parece que no se ha desactivado realmente ni por Australia ni por algunas otras latitudes significadas ⁽¹⁰⁴⁾.

Tras *Mabo* el efecto del derecho colonial expropiatorio no ha desaparecido, pero ¿lo ha hecho la misma idea de *terra nullius*? Hay quien lo pone en duda. « Even with the overturning of the legal doctrine in the *Mabo* case, the myth of *terra nullius* flourishes ». Ya no sigue floreciendo con su nombre propio, pero lo hace con otros seudónimos que no le faltan, fundamentalmente con los que se vinculan a la identidad nacional de Australia: « This nationalist identity perpetuates the legal fiction of *terra nullius* with a psychological *terra nullius*. It feeds into the notion of ‘white’ British superiority and justifies the theft of land and labour, leaving Indigenous people and their rights either as an historical footnote or absent completely ». Hay un *terra nullius* psicológico que no confiesa su nombre. Lo tiene ahora mejor: Australia como nación. « The legal fiction of *terra nullius* meant that the dominant culture’s legal system was imposed in Australia at the time of the British invasion », lo que permanece con independencia de la ilegalización del principio por *Mabo*. Es el sistema del *common law* de trazo colonial ⁽¹⁰⁵⁾.

El *common law* produce el bloqueo: « While the Australian

in Australia and Canada, en « Osgoode Hall Law Journal », 42 (2004), 2, pp. 271-301; SIMON YOUNG, *The Trouble with Tradition: Native Title and Cultural Change*, Sidney, The Federation Press, 2008, parte IV: *Post-Mabo: The Australian Anomaly*; SHORT, *Reconciliation and Colonial Power*, cit.

⁽¹⁰⁴⁾ ANGHIE, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, cit., pp. 111-112, tras referirse a la aparente cancelación de *terra nullius* respecto al Sahara Occidental y a Australia: « the doctrines consolidated by nineteenth-century jurists continue to establish the framework within which indigenous peoples struggle to assert their rights ».

⁽¹⁰⁵⁾ L. BEHRENDT, *Achieving Social Justice: Indigenous Rights and Australia’s Future*, Sidney, The Federation Press, 2003, pp. 54 y 170-173; para la insistencia en la

common law has proved largely more amenable to protection of property than to protection of individual rights, it has not yet provided adequate property recognition for Indigenous Australians, despite the *promise of Mabo* » ⁽¹⁰⁶⁾. Podría pensarse que, pese a todo, el giro llamativo de la sentencia ha debido tener un efecto cultural que esté socializando la apreciación de la presencia indígena abriendo así posibilidades para el derecho. Tampoco parece que sea así. Desde temprano se detectó que dicha socialización no estaba produciéndose: « The *Mabo* decision of the High Court in 1992 overruled the legality of *terra nullius*, but it has not yet erased its legacy from the present. Nor has it overturned non-Aboriginal understandings of Australian History, and these in turn shape present public opinion » ⁽¹⁰⁷⁾.

Atendamos a un juicio procedente de la antropología respecto

idea de la *terra nullius* « sicológica » o cultural tras la supresión de la jurídica, pp. 3, 20, 48, 99, 108, 120, 133 y 135.

⁽¹⁰⁶⁾ Barbara Ann HOCKING y M.A. STEPHENSON, *Why the Persistent Absence of Foundational Principle? Indigenous Australians, Proprietary and Family Reparations*, en *Reparations for Indigenous Peoples: International and Comparative Perspectives*, ed. Federico Lenzerini, Oxford, OUP, 2008, pp. 477-522 (479). La expresión procede de M. TEHAN, *A Hope Disillusioned, an Opportunity Lost? Reflections on Common Law Native Title and Ten Years of the Native Title Act*, en « Melbourne University Law Review », 27 (2003), 2, pp. 523-571, ep. II: *The Promise of 'Mabo': The High Court's 'Great Leap Forward'* (« Gran Salto Adelante » es la conocida expresión maoísta, aquí irónica). No se encontrará un juicio tan crítico como el de dichas autoras en obras generales sobre derechos de pueblos indígenas que no dejan de referirse a *Mabo*: Patrick THORNBERRY, *Indigenous peoples and human rights*, Manchester, ManUP, 2002; ANAYA, *Indigenous Peoples in International Law*, cit.; Ben SAUL, *Indigenous Peoples and Human Rights: International and Regional Jurisprudence*, Oxford, Bloomsbury, 2016. Hay también confusión: Antonio CASSESE, *Self-Determination of Peoples: A Legal Reappraisal*, Cambridge, CUP, 1995, p. 358, apreciando *Mabo* por « recognizing the native title of aboriginals over the lands of the Murray Islands and, in many ways, even restructuring the government-aboriginal relationship ».

⁽¹⁰⁷⁾ Ann McGRATH, *A national story*, en *Contested Ground: Australian Aborigines under the British Crown*, ed. Ead., Sidney, Allen and Unwin, 1995, cap. 1, p. 4; L. VERACINI, *Between a 'Contested Ground' and an 'Indelible Stain': A Difficult Reconciliation between Australia and its Aboriginal History during the 1900s and 2000s*, en « Aboriginal History », 27 (2003), pp. 224-239. El otro término de referencia es H. REYNOLDS, *An Indelible Stain? The Question of Genocide in Australia's History*, Melbourne, Viking, 2001, que veremos. McGrath lamentó luego su temprano apasionamiento crítico por pensar que pudo tener un efecto más disuasorio que incentivador: A.

a una historia y a un presente: « As progressively encoded into Australian law, *terra nullius* was, of course, a rationalization rather than a motive for colonial invasion »; actualmente, « the introduction of land rights was not a repudiation of *terra nullius* ». Por resultados de *Mabo*, « rather than removing *terra nullius* » el derecho australiano está ahora acercándose a « its fulfilment » (108). En la medida en la que hemos visto fortalecerse por *Mabo* el *common law* de tracto colonial y aparte el efectivo acomodamiento de títulos como los del pueblo meriam, ¿no hay base para llegarse a unas conclusiones tan desesperanzadas? Lo que está claro es que, igual que *terra nullius* no basta para explicar la historia de despojo indígena, su repudio no es suficiente para cancelar sus efectos. En fin, llamando a las cosas por su nombre, tras *Mabo* a lo que se llega es a un « balance of power between interests, the result of which was the protection of commercial interests and the perpetuation of the established colonial order », con una legitimación ahora procedente del reconocimiento de título nativo que no compromete a tales intereses corporativos (109).

Para la sentencia *Mabo*, el principio sigue siendo el *common law*, lo que significa que la cifra de *terra nullius* no deja de operar. Antes de que un europeo pusiera pie en Australia, podría discutirse si la *Terra Australis* fuera entonces *terra aboriginum* o, de no haberlos, *terra nullius*, tierra efectivamente de nadie (110). Lo que así no cabe, una vez que el conocimiento se produce, cuando comienza a desvelarse la *terra australis incognita*, es que sea en principio y hasta hoy *terra anglorum* con todas sus consecuencias no sólo

CURTHOYS y A. McGRATH, *How to Write History that People Want to Read*, Sidney, UNSWP, 2009, pp. 195-196.

(108) Patrick WOLFE, *Nation and Miscegenation: Discursive Continuity in Post-Mabo Era*, en « Social Analysis: The International Journal of Social and Cultural Practice », 36 (1994), pp. 93-152; ID., *Settler Colonialism and the Transformation of Anthropology: The Politics and Poetics of an Ethnographic Event*, Nueva York, Cassell, 1999, pp. 27, 190 y 293.

(109) SHORT, *Reconciliation and Colonial Power*, cit., p. 60 y 159-164.

(110) R.J. KING, *Terra Australis: Terra Nullius aut Terra Aboriginum*, en « Royal Australian Historical Society Journal », 72 (1987), 2, pp. 75-91.

jurídicas ⁽¹¹¹⁾. El sinsentido se eleva a la máxima potencia al asegurarse que, en consecuencia, siendo tierra británica, el *common law* se extendió a indígenas ya desde un principio ⁽¹¹²⁾. Aun con todo, el optimismo en relación a la sentencia *Mabo* no puede decirse que haya en la práctica decaído, bien que por lo común bajo la tendencia al acomodo con intereses corporativos ⁽¹¹³⁾. También se recurre a la universalidad de los derechos humanos para ahogar los específicos indígenas y en particular el derecho a la tierra ⁽¹¹⁴⁾. *Mabo* puede servir también por supuesto alternativamente para la defensa de derechos indígenas contra el viento de la historia y la marea de la jurisprudencia. Sirve incluso para otras cosas buenas como para planteamientos ecologistas, inclusive en términos de teonaturismo ⁽¹¹⁵⁾.

Los sinsentidos jurídicos se corresponden con presuposiciones históricas de la sentencia, de la historiografía que la misma repre-

⁽¹¹¹⁾ Emily J. PETTIT, *Aborigines' Dreaming or Britain's Terra Nullius: Perceptions of Land Use in Colonial Australia*, en «Iowa Historical Review», 5 (2015), 1, pp. 23-60.

⁽¹¹²⁾ Para la mejor puesta en evidencia respecto a *common law* y a derecho de gentes, BUCHAN, *Empire of Political Thought*, cit., caps. 3 y 4.

⁽¹¹³⁾ *Native Title from Mabo to Akiba: A Vehicle for Change and Empowerment?*, eds. Sean Brennan, Megan Davis, Brendan Edgeworth y Leon Terrill, Sidney, The Federation Press, 2015, incluso con capítulo de recepción de la doctrina económica insidiosamente más favorable a intereses corporativos frente a derecho indígena por las Américas, la del peruano Hernando de Soto.

⁽¹¹⁴⁾ Sarah HOLCOMBE, *Remote Freedoms: Politics, Personhood and Human Rights in Aboriginal Central Australia*, Stanford, Stanford University Press (StUP), 2018.

⁽¹¹⁵⁾ Whitney BAUMAN, *Theology, Creation, and Environmental Ethics: From 'Creatio ex Nihilo' to 'Terra Nullius'*, Nueva York, Routledge, 2009, con trabajos sobre *Mabo* en la bibliografía; Jogi Hale HENDLIN, *From 'Terra Nullius' to 'Terra Communis': Reconsidering Wild Land in an Era of Conservation and Indigenous Rights*, en «Environmental Philosophy», 11 (2014), 2, pp. 141-174; Kathryn MILUN, *The Political Uncommons: The Cross-Cultural Logic of the Global Commons*, Nueva York, Routledge, 2011, cap. 2: 'Terra Nullius', 'Res Nullius' and 'Res Communis': A conceptual confusion of terms, confusión por calificarse hoy como *res nullius* lo que es o debiera ser *res communis*; además, caps. 6 sobre Sahara Occidental y 8 sobre el caso *Mabo*. Mas ubicarnos en este otro terreno puede afectar negativamente a derecho indígena, como constata Timothy NEALE, *Wild Articulations: Environmentalism and Indigeneity in Northern Australia*, Honolulu, University of Hawai'i Press, 2017, con el cap. 4 sobre *after-Mabo*.

senta. Es, como bien se nos ha dicho, una historia al servicio de un presente. Fantasma alentando y mito encubriendo siguen ahí. Pesa todavía incluso el racismo a estas alturas bien solapado del polinomio civilización-barbaries. Con todo esto, una órbita se completa ⁽¹¹⁶⁾. Se cierra la trayectoria de bumerán entre colonialismo y colonialismo, entre colonialismo imperial británico y colonialismo constitucional australiano ⁽¹¹⁷⁾. Entre pasado y presente, de imperialismos europeos a constitucionalismos coloniales, hay recorridos que se resisten a la exploración de la historiografía ⁽¹¹⁸⁾. Se juegan con ello presunciones y sus pretensiones, todo un supremacismo euroglobal en suma, euroaustral en el caso. Es el contexto en el que hemos visto que *Mabo* se predica *urbi et orbe* u *orbi*, sea dicho con

⁽¹¹⁶⁾ Raelene WEBB, *Mabo (No. 2) to Yorta Yorta — turning the full circle*, en « Balance: Journal of the Law Society Northern Territory », November 2004, pp. 9-19; Ben GOLDER, *Law, History, Colonialism: An Orientalist Reading of Australian Native Title Law*, en « Deakin Law Review », 9 (2004), 1, pp. 41-60; Emma CUNLIFFE, *Anywhere but Here: Race and Empire in the Mabo Decision*, en « Journal for the Study of Race, Nation and Culture », 13 (2007), 6, pp. 751-768. Con este escenario me excuso de entrar en la boyante literatura sobre *reconciliation* de alcance constitucional sobre bases tan débiles como las sentadas por *Mabo*: Sangeetah CHANDRA-SHEKERAN, *Challenging the Fiction of the 'Reconciliation' Texts of 'Mabo' and 'Bringing Them Home'*, en « Australian Feminist Law Journal », 11 (1998), 1, *Legalising the Soul: Native Title Rights and Colonisation*, pp. 107-133.

⁽¹¹⁷⁾ Por si hiciera falta confirmación por parte de la misma jurisprudencia de la Alta Corte, véase cómo cunde la alarma: Natasha CASE, *Tide of History or Tsunami? The Members of the Yorta Yorta Aboriginal Community v. the State of Victoria and Others* (1998), en « Indigenous Law Bulletin », 4 (1999), 17; S. YOUNG, *The Trouble with 'Tradition': Native Title and the Yorta Yorta Decision*, en « University of Western Australia Law Review », 30 (2001), 1, pp. 28-50; Melissa CASTAN y Sue KEE, *The Jurisprudence of Denial*, en « Alternative Law Journal », 28 (2003), 2, pp. 83-87; Benjamin LANGFORD, *The Hide of History or a Trace of Racism? The Yorta Yorta Native Title Tragedy*, en « Journal of Indigenous Policy », 4 (2004), pp. 65-83; L. STRELEIN, *From Mabo to Yorta Yorta: Native Title Law in Australia*, en « Washington University Journal of Law and Policy », 19 (2005), pp. 225-271 (EAD., *Compromised Jurisprudence*, cit., cap. 7); RAY, *Aboriginal Rights Claims and the Making and Remaking of History*, cit., pns. 2604-2623.

⁽¹¹⁸⁾ B. CLAVERO, *Constitucionalismo colonial. Oeconomía de Europa, Constitución de Cádiz y más acá*, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, 2016; ID., *Constitucionalismo latinoamericano: Estados criollos entre pueblos indígenas y derechos humanos*, Santiago de Chile, Olejnik, 2016.

uno de los latinajos que ha pasado del lenguaje religioso católico al de derecho internacional ⁽¹¹⁹⁾.

5. *Terra nullius como genocidio y otras decodificaciones de derecho y de historia.*

5.1. *Genocidio, derecho internacional e historia constituyente.*

«Prior to *Mabo*, *terra nullius* legitimised genocide, while post-*Mabo* genocide continues to run unchallenged and unmonitored as the principle of extinguishment has become essential to the jurisprudence of native title». Esto de la extinción del título es lo que habría sustituido al «fraud of *terra nullius*». «*Mabo* (No. 2) endorsed the genocidal policy of extinguishment». Con sus consecuencias ya más que sabidas, ambos dispositivos jurídicos, la *terra nullius* premabo y la extinción de título posmabo, pueden resultar «other names» del genocidio, de la extinción deliberada de grupos humanos en cuanto que tales grupos, «genocide in disguise», disfrazado por derecho en suma. Salvo ardua prueba en contrario, «the tide of history», el tsunami de la historia, produce la extinción del título indígena, igual, a efectos prácticos, que la *terra nullius*. Lo ha dicho la Alta Corte: «When the tide of history has washed away any real acknowledgment of traditional law [...] the foundation of native title has disappeared». Así se convierte la historia, lo que es decir en el caso las resultas del colonialismo, en fuente del derecho o, mejor dicho, de su denegación, con el riesgo aparejado de exterminio humano ⁽¹²⁰⁾.

«The extermination of the Aborigines produced the no-

⁽¹¹⁹⁾ FELLMETH y HORWITZ, *Guide to Latin in International Law*, cit., p. 284: «*Urbi et orbi*: 'To the city and to the world'. To everyone; to all; with universal effect», ilustrando su uso en el seno de la Corte Internacional de Justicia. En origen, *urbs* predica como *caput mundi*, no a La Haya, sino a Roma; hoy la primera se pretende *legal capital of the world*, nada menos, por ser sede de cortes internacionales.

⁽¹²⁰⁾ I. WATSON, *Aboriginal Peoples, Colonialism and International Law: Raw Law*, Nueva York, Routledge, 2015, cap. 9: *Dressed to kill*, ep. penúltimo: *Genocide: it has other names*, pp. 130-131. Entre las citas se estará viendo cómo esa expresión de la *tide of history*, de origen judicial en el mismo caso *Mabo* (voto de Brennan, par. 66) o la de *tsunami* aparecen en títulos historiográficos o jurídicos.

man's-land, which according to the doctrine of *terra nullius* gave the white settlers rights to the land »; el exterminio, eso que « since 1948 it has been known as *genocide* ». La destrucción de humanidad indígena representa la consumación del despojo con la entronización consiguiente, vacío el territorio, del derecho del invasor. No es ironía ⁽¹²¹⁾. ¿Quién va a bromear con el genocidio? ¿Quién lo hace con la destrucción de humanidad? La cadena de genocidios puede concluir en el genocidio global ⁽¹²²⁾. Respecto al caso indígena, el principio doctrinal tendría alguna responsabilidad: « The fiction of Australia as a *terra nullius* demanded a mental suppression of the Aborigines », esta especie de « mental block » ante su misma presencia, un tamaño genocidio potencial ya de entrada ⁽¹²³⁾.

Para genocidio virtual, he ahí, como bien nos consta, lo dispuesto por la Constitución Australiana desde 1901 hasta el referéndum de 1967: « In reckoning the numbers of people of the Commonwealth, or of a State or other part of the Commonwealth, aboriginal natives shall not be counted » ⁽¹²⁴⁾. Y parece ciertamente

⁽¹²¹⁾ LINDQVIST, *Terra Nullius*, cit., p. 219 y 220. 1948 (corrijo la evidente errata de 1949) remite a la Convención de Naciones Unidas para la Prevención y Sanción del Crimen de Genocidio. Podría también ser 1944, cuando se acuñó el término, o 1946, cuando la Asamblea General de Naciones Unidas lo adoptó para condenarlo ya antes de la Convención.

⁽¹²²⁾ *Ibíd.*, p. 167: « Auschwitz was the modern industrial application of a policy of extermination on which European world domination had long since rested », y su cita ya registrada, p. 315: « The entire world can be turned into *terra nullius* » literal, en relación a las pruebas nucleares británicas en Australia con posterioridad a Auschwitz y a Hiroshima.

⁽¹²³⁾ *Ibíd.*, p. 349. Ya C.D. ROWLEY, *Aboriginal Policy and Practice*, vol. I, *The Destruction of Aboriginal Society*, Canberra, ANUP, 1970, p. 8: « the mental block has by no means disappeared », aun siguiendo una explicación más bien banal: « It seems partly to result from a majority sentiment that raking up the misdeeds of the past serves no good purpose. What is done is done and should now be forgotten ». Ni que decir tiene que *terra nullius*, como igualmente *genocide*, es expresión desconocida para la obra pionera del equipo de investigación dirigido por Rowley que produjo los tres volúmenes de *Aboriginal Policy and Practice*. La investigación se cerraba en 1967, el año de la reforma constitucional vista.

⁽¹²⁴⁾ No faltaron esfuerzos de quitarle punta a esta disposición constitucional convirtiéndola en poco menos que en una regla de derecho administrativo en relación a censos de población a diversos efectos; para ilustración baste SAWER, *The Australian Constitution and the Australian Aborigine*, cit., pp. 25-30 (banalizando, p. 25: « Does it

no haber sido tan solo virtual el genocidio conforme a la tipificación por parte del derecho internacional ⁽¹²⁵⁾. La política referida pro Australia blanca, *White Australia Policy*, pretendía no sólo un *Asian-Free Country*, sino también un *Black-Free Country*, un país sin asiáticos y sin aborígenes salvo necesidad de mano de obra o servidumbre sin derecho de ciudadanía ⁽¹²⁶⁾. Así se potencia una cultura genocida. Genocidio virtual y genocidio efectivo se vinculan. El vínculo tiene el apellido de colonial. No se piense que estamos en tiempos poscoloniales. El colonialismo sigue aquí ⁽¹²⁷⁾. Lo mantiene

prevent the private student of demography from estimating the aboriginal population, or from publishing a total Australian population which includes the aborigines? »).

⁽¹²⁵⁾ Michael LEGG, *Indigenous Australians and International Law, Racial Discrimination, Genocide and Reparations*, en « Berkeley Journal of International Law », 29 (2002), 2, pp. 387-435; A. Dirk MOSES, *Moving the Genocide Debate Beyond the History Wars*, en « Australian Journal of Politics and History », 54 (2008), 2, pp. 248-270; 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: Conquest, Occupation, and Subaltern Resistance in World History*, ed. A.D. Moses, Nueva York, Berghahn, 2008, cap. 11; B. CLAVERO, *¿Es que no hubo genocidio en las Américas? (A propósito de la historiografía sobre 'settler genocide', comparativamente)*, en « Quaderni fiorentini », 47 (2018), pp. 647-687, incluyendo el caso australiano. Australia tiene prestada ratificación a los dos instrumentos internacionales pertinentes, Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio y Estatuto de la Corte Penal Internacional, aun entre prevenciones: Shirley SCOTT, *Why Wasn't Genocide a Crime in Australia? Accounting for the Half-century Delay in Australia Implementing the Genocide Convention*, en « Australian Journal of Human Rights », 10 (2004), 2, pp. 159-178. La resistencia colonialista operaba contra la prevención y sanción del genocidio aunque se ratificase la Convención: Karen E. SMITH, *Genocide and the Europeans*, Cambridge, CUP, 2010, p. 43.

⁽¹²⁶⁾ Respecto al territorio emblemático del *Black-Free Country*, Benjamin MADLEY, *From Terror to Genocide: Britain's Tasmanian Penal Colony and Australia's History Wars*, en « Journal of British Studies », 47 (2008), 1, pp. 77-106; Tom LAWSON, *The Last Man: A British Genocide in Tasmania*, Londres, I.B. Tauris, 2014; Jesse SHIPWAY, *The Memory of Genocide in Tasmania, 1803-2013: Scars on the Archive*, Londres, PMac, 2017. Hay novela histórica sobre el genocidio en Tasmania: MCKINNON, *Terra Nullius*, cit.

⁽¹²⁷⁾ La aseveración de P. WOLFE, *Settler Colonialism and the Elimination of the Native*, en « Journal of Genocide Research », 8 (2006), 4, pp. 387-409, en el sentido de que el « settler colonialism is inherently eliminatory but not invariably genocidal » (p. 387) ha catalizado la investigación y la reflexión sobre el nexo entre colonialismo y genocidio; ID., *Race and the Trace of History: For Henry Reynolds*, en *Studies in Settler Colonialism: Politics, Identity and Culture*, eds. Fiona Bateman y Lionel Pilkington,

el mismo derecho, un derecho que en el caso se llama *common law* o también de gentes e internacional, otros nombres para genocidios, u otro disfraz que los encubre más bien ⁽¹²⁸⁾.

En sí, el mismo concepto de *terra nullius* ya comete el genocidio virtual, la supresión potencial de la humanidad indígena. ¿De *terra nullius* ha sido entonces la historia? ¿Con *terra nullius* comienza y sin *terra nullius* concluye? Según lo visto, la historia de *terra nullius* puede ser tan incierta como el resultado de *terra nullius* es sin duda cierto ⁽¹²⁹⁾. Hay y no hay *terra australis nullius*. Con o sin ella, se tendría una historia en todo caso necesaria para la recuperación de derecho indígena, una historia entonces contra la historia ⁽¹³⁰⁾. Sin ella como con ella, el caso *Mabo* significa, dentro y fuera de Australia, más, mucho más, de lo que la sentencia contiene.

Londres, PMac, 2011, cap. 17, con otra entrada de antología: « The term *postcolonial* does not have a good name among Indigenous scholars. The problem lies, of course, in the *post*. Indigenous people's colonizers never went home. National independence only deepened the settlers' stranglehold on their lives » (p. 272). Patrick Wolfe fue antropólogo e historiador australiano. Para registro historiográfico, CLAVERO, *Europa y su diáspora*, cit., cap. 1.

⁽¹²⁸⁾ Jarigga meenya bomunggur, « El olor del blanco mata », es proverbio aborigen bastante citado desde que lo registrara Daisy BATES, *The Passing of the Aborigines: A Lifetime spent among the Natives of Australia* (1938), Oxford, Benediction Classics, 2010, p. 82 (no dice de qué lengua, quizás nyungar).

⁽¹²⁹⁾ Para un caso tan flagrante como descuidado por las Américas, el de Paraguay como *Terra Nullius*, CLAVERO, ¿Hay genocidios cotidianos?, cit., pp. 215-218. Y véasele, aun sin el empleo del término, en el informe de 2010 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales. Normas y Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, bien representativo de tiempos *pos-terra nullius*.

⁽¹³⁰⁾ Chris HEALY, *From the Ruins of Colonialism: History as Social Memory*, Melbourne, CUP, 1997; D. RITTER, *No Title Without History*, en *Through a Smoky Mirror: History and Native Title*, eds. Mandy Paul y Geoffrey Gray, Canberra, Aboriginal Studies Press, 2002, pp. 81-92; Elizabeth A. POVINELLI, *The Cunning of Recognition: Indigenous Alterities and the Making of Australian Multiculturalism*, Durham, DUP, 2002; A. McGRATH, *History and land rights*, en *Proof and Truth: The Humanist as Expert*, eds. Iain McCalman e Ead., Canberra, Australian Academy of the Humanities, 2003, pp. 233-250; B. BUCHAN y Mary HEATH, *Savagery and Civilization: From 'Terra Nullius' to the 'Tide of History'*, en « Ethnicities », 6 (2006), 1, pp. 5-26; James F. WEINER, *History, oral history, and memoriation in native title*, en *The Social Effects of Native Title: Recognition, Translation, Coexistence*, eds. Benjamin R. Smith y Frances Morphy, Canberra, ANUP, 2007, pp. 215-222; BUCHAN, *Empire of Political Thought*, cit., pp. 142-145; CURTHOYS,

Frente a su propio tenor, por la forma como se le recibe, puede marcar un horizonte de esperanza ⁽¹³¹⁾. *Terra nullius* resulta un mito con fuerza por sí mismo. Lo efectivamente incierto puede ser virtualmente cierto. No es caso único ⁽¹³²⁾. Cabe que una historia irreal de presente lo sea premonitoria de futuro. Y no nos llamemos a engaño. La historia de *terra nullius* no ha concluido. Sigue incluso también siendo, dependiendo del contexto, baza colonial ⁽¹³³⁾.

Hay consecuencias para la historia del derecho internacional. El derecho de gentes y su prosecución bajo este otro nombre no representan órdenes autónomos, sino subsidiarios del proyecto de imposición de la supuesta civilización frente a la presunta barbarie. No es sólo que el colonialismo lo condicione. Lo constituye. Principios como el de *terra nullius* o el de *uti possidetis*, cuales propios de un orden histórico que habría evolucionado hasta superarlos, encubren la historia de un colonialismo que operaba sin necesidad de andar siempre formalizando sus acciones como conducta atendida o incluso debida a derecho. Si lo hacía era más por definirse las relaciones entre colonizadores, dada la competición entre potencias coloniales, que con el colonizado ⁽¹³⁴⁾. El genocidio es piedra de toque. Se admitía por el derecho como una forma plausible de

GENOVESE y REILLY, *Rights and Redemption*, cit., cap. 3: *Native title: Proof and historical evidence*.

⁽¹³¹⁾ Sundhya PAHUJA, *Letters from Bandung: Encounters with Another International Law*, en *Bandung, Global History, and International Law: Critical Past and Pending Futures*, eds. Luis Eslava, Michael Fakhri y Vasuki Nesiah, Cambridge, CUP, 2017, pp. 552-573 (557), sobre *terra nullius* ahora como la *tabula rasa* legada por el colonialismo, así útil para ponerlo de manifiesto.

⁽¹³²⁾ Sobre los *mitos* de signo opuesto de Westfalia y de Bandung, L. ESLAVA, M. FAKHRI y V. NESIAH, *The Spirit of Bandung*, en *Bandung, Global History, and International Law*, cit., pp. 3-32 (15-17).

⁽¹³³⁾ L. VERACINI, *The Settler Colonial Present*, Nueva York, PMac, 2015, pp. 62-94; BHANDAR, *Colonial Lives of Property*, cit., cap. 3; Alexander KEDAR, Ahmad AMARA y Oren YIFTACHEL, *Emptied Lands: A Legal Geography of Bedouin Rights in the Negev*, Stanford, StUP, 2018, introducción: 'Terra nullius' in Zion?, cap. 4: *Formulating the Dead Negev Doctrine During the Israeli Period*; p. 9: «Terra nullius is obviously more than a legal concept. It is a frame of mind typifying settler societies», como la de Israel.

⁽¹³⁴⁾ Patricia SEED, *Ceremonies of Possession in Europe's Conquest of the New World, 1492-1640*; Cambridge Mass., CUP, 1995, cap. 3: *The Requirement: A Protocol for Conquest*, donde además, sintomáticamente, *terra nullius* como comparece es concluyendo (p. 183) a guisa de ejemplo de latinajo usado por el lenguaje jurídico; EAD.,

sujeción de gentes no europeas ⁽¹³⁵⁾. Sólo como satélite de la polaridad civilización-barbaries o, dicho de otra forma, como instrumento eventual, ni siquiera necesario, del colonialismo ⁽¹³⁶⁾, cabe abordar la historia de este derecho con visos de percepción y posibilidades de explicación. Pasos se están dando en la dirección ⁽¹³⁷⁾. La cuestión de fondo es que, tras una historia de colonialismo genocida de responsabilidad europea, no hay un derecho internacional que sitúe en pie de igualdad a los pueblos y gentes de la humanidad ⁽¹³⁸⁾.

Algo equivalente cabe decir respecto a la historiografía constitucional. La historia constituyente de Australia no es la que conduce a la Constitución de 1901, sino la del colonialismo que ésta consolida, ampara y enquistas. Constituyente es el estrato de pasado

American Pentimento: The Invention of Indians and the Pursuit of Riches, Minneapolis, University of Minnesota Press, 2001, pp. 155-156 y, con referencia a *Mabo*, 165.

⁽¹³⁵⁾ CLAVERO, *¿Es que no hubo genocidio en las Américas?*, cit., ep. 7: *Presente con genocidio, pasado sin genocidio: derecho internacional y derecho de gentes*.

⁽¹³⁶⁾ Para ejemplo de una visión relativamente distinta y más usual en la historiografía que se ocupa del asunto, Lindsay G. ROBERTSON, *Conquest by Law: How the Discovery of America Dispossessed Indigenous Peoples of Their Lands*, Nueva York, OUP, 2005. También por mi parte, B. CLAVERO, *Freedom's Law and Indigenous Rights: From Europe's Oeconomy to the Constitutionalism of the Americas*, Berkeley, Robbins Collection, 2005. En el otro extremo, como si el dominio colonial directo hubiera sido ajeno al derecho, Sven BECKERT, *Empire of Cotton: A Global History* (2014), Nueva York, Vintage, 2015, p. 38 para la distinción entre lo interior y lo exterior al orden jurídico.

⁽¹³⁷⁾ ANGHIE, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, cit.; D. ARMITAGE, *The Foundations of Modern International Law*, Cambridge, CUP, 2013; L. BENTON y L. FORD, *Rage for Order: The British Empire and the Origins of International Law, 1800-1850*, Cambridge Mass., HUP, 2016; A. ANGHIE, M. KOSKENNIEMI y Anne OXFORD, *Imperialismo y derecho internacional: historia y legado*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2016, y su presentación, pp. 11-93; L. ESLAVA, Liliana OBREGÓN y René URUEÑA, *Imperialismo(s) y derecho(s) internacional(es): ayer y hoy; International Law and Empire: Historical Explorations*, eds. M. Koskenniemi, Walter Rech y Manuel Jiménez Fonseca, Oxford, OUP, 2017; Andrea BIANCHI, *International Law Theories: An Inquiry into Different Ways of Thinking*, Oxford, OUP, 2016, cap. 10, ep. *The Emergence of TWAIL II*.

⁽¹³⁸⁾ Paul KEAL, *European Conquest and the Rights of Indigenous Peoples: The Moral Backwardness of International Society*, Cambridge, CUP, 2003; PEARCEY, *The Exclusions of Civilization*, cit.; Charles W. MILLS, *Black Rights / White Wrongs: The Critique of Racial Liberalism*, Nueva York, OUP, 2017, cap. 10: *The Whiteness of Political Philosophy*.

que cementa presente. El caso de Australia no es exclusivo al efecto ⁽¹³⁹⁾. Ya se sabe que « Constitutions — at least in the lawyer's sense of the term — constitute less in practice than in theory » ⁽¹⁴⁰⁾. Constituyente es incluso la depuración demográfica de la pretérita *White Australia Policy*. El genocidio es, debe ser, parte integrante de unas y otras historias especializadas, de la del derecho tanto internacional como constitucional.

5.2. *La historia redentora y los límites culturales de la historiografía profesional.*

¿Qué historias jurídicas, con todo, necesitamos? No basta con la historiografía crítica a uso académico. Hace falta también, con tanta iniquidad y tanta ceguera como se arrastran, *redemptive history*, historia redentora que ha de ser local antes que global. Ha de incluir tradición oral con su propio patrimonio de ficciones, elaboradas o primarias, locales siempre de entrada aun siendo de interés ultralocal, dígase internacional ⁽¹⁴¹⁾. Para la historiografía profesional la oralidad es más que mero complemento pues cuestiona la

⁽¹³⁹⁾ B. CLAVERO, *Constitucionalismo y colonialismo en las Américas: El paradigma perdido en la historia constitucional*, en « Revista de Historia del Derecho », 53 (2017), pp. 23-39.

⁽¹⁴⁰⁾ Harry W. ARTHURS, *Governing the Canadian State: The Constitution in an Era of Globalization, Neo-Liberalism, Populism, Decentralization and Judicial Activism*, en « Constitutional Forum », 13 (2003), 1, pp. 16-23 (16), con desarrollo también interesante para el caso de Australia.

⁽¹⁴¹⁾ CURTHOYS, GENOVESE y REILLY, *Rights and Redemption*, cit., caps. 5 y 6, dedicados a casos sobre genocidio y sobre las *stolen generations*, las generaciones robadas por políticas públicas de secuestro e internamiento de infancia y adolescencia para hacerles perder su cultura, lo cual también constituye de por sí tal crimen conforme al derecho penal internacional: *Genocide and Settler Society: Frontier Violence and Stolen Indigenous Children in Australian History*, ed. A.D. Moses, Nueva York, Berghahn, 2004. Con sus efectos arranca COLEMAN, *Terra Nullius*, cit., p. 8: « Nothing remained of the time before they gave him a new religion, a new language, a broken degenerate version of the Settler tongue he could never learn to speak well enough. [...] From the school he was sent to a house to be a servant, so long given orders, so long without freedom of action that he had almost forgotten who he was. [...] I belong somewhere, I had a family once, I have a family who misses me », pensó; p. 217: « Stealing everything, that is just good government », robar no solo tierra y recursos, sino hasta generaciones. Y no solo afectaba a infancia: Aidan FORTH, *Barbed-Wire Imperialism: Britain's Empire*

suficiencia de sus presupuestos y sus métodos ⁽¹⁴²⁾. La historia oral encierra por sí sola la capacidad de poner en entredicho la misma condición de autoridad de la representación histórica como profesión ⁽¹⁴³⁾. Puede comenzar por ser una forma de representarse a sí misma una humanidad sometida al prejuicio y el sesgo de las representaciones ajenas como, sin ir más lejos, sea hoy el caso de la humanidad de condición indígena ⁽¹⁴⁴⁾.

La ficción además no es exclusiva de nadie. Todo documento,

of *Camps, 1876-1903*, Berkeley, University of California Press, 2017, con referencias al caso de indígenas en Australia.

⁽¹⁴²⁾ M. HOKARI, *Reading oral histories from the pastoral frontier: A critical revision*, en «Journal of Australian Studies», 72 (2002), pp. 21-28; ATTWOOD, *Telling the Truth about Aboriginal History*, cit., pp. 42-48; en p. 45: «Aboriginal people have told their own histories and those of their own families and kin, and they have done so for their own people. [...] Consequently, a question of authorship and authority — of who could, would and should do Aboriginal history — became a critical one. [...] Aboriginal spokespersons have argued that the problem lies not in the fact that their past has continued to be represented by settler historians, but in how they do this and what authority they claim for their knowledge». Sobre *stolen generations* con apreciación del valor específico del testimonio, Diane MOLLOY, *Cultural Memory and Literature: Re-Imagining Australian Past*, Leiden, Brill, 2015, pp. 73-83.

⁽¹⁴³⁾ M. HOKARI, *Gurindji Journey: A Japanese Historian in the Outback*, Sidney, UNSWP, 2011 (prefiero el título original de la tesis doctoral, de 2001: *Cross-culturalising history: Journey to the Gurindji way of historical practice*; gurindji es un pueblo aborígen del noroeste de Australia), pp. 35-36: «Who is an historian? If, instead of only us academic historians collecting the stories of informants, we were to consider the informants themselves to be historians, what kind of historical practice might they be engaged in? [...] What happens is that it (oral history) calls into question what history itself is». Minoru Hokari no deja de acusar las limitaciones del planteamiento académico representado por Paul THOMPSON, *The Voice of the Past: Oral History* (1978), edn. revisada, Oxford, OUP, 2017.

⁽¹⁴⁴⁾ Marcia LANGTON, *Aboriginal art and film: the politics of representation*, en *Blacklines: Contemporary Critical Writings by Indigenous Australians*, ed. Michele Grossman, Melbourne, MelUP, 2003, cap. 9; Kylie SOLONEC, *Shifting Representation of Aboriginality in Australian Cinema: Re-Presenting from an Anti-Colonial Perspective*, Joondalup, Edith Cowan University Research Online, 2005, p. 8: «Representing yourself challenges the representations that are imposed upon you by others». La polémica provocada por Elisabeth BURGOS, *Me llamo Rigoberta Menchú y así me nació la conciencia*, La Habana, Casa de las Américas, 1983, mostró cómo momentos de ficción pueden servir al testimonio. Para un cierto equivalente más elaborado y menos incisivo, Marilyn LAKE, *Faith: Faith Bandler, Gentle Activist*, Sidney, Allen and Unwin, 2002 (cap. 7: *The 1967 referendum*, del que Faith Bandler fue una promotora).

como toda tradición, es de parte. Sus mismos procesos de producción y conservación responden, aparte el azar, a intereses determinados. Toda historia selecciona fuentes o testimonios. Todo archivo está de por sí sesgado, ya no digamos el producido por el colonialismo ⁽¹⁴⁵⁾. Nuestros conocimientos de historia nunca son totales, sino *as if*, « como si », basándose en abstracciones o presuposiciones aunque de este modo condicionado no suelen desde luego percibirse ⁽¹⁴⁶⁾. Y opera un trasfondo de presente conformando siempre la percepción del pasado ⁽¹⁴⁷⁾. Frente a esto, para control, cuando menos, de la propia subjetividad, a fin de neutralizar la contaminación producida por quienes investigamos, se precisan autolocalización e interacción, unos requisitos más caracterizadamente antropo-

⁽¹⁴⁵⁾ Linda Tuhiwai SMITH, *Decolonising Methodologies: Research and Indigenous Peoples*, Dunedin, University of Otago Press, 1999; Steven J. HEMMING, *Taming the Colonial Archive: History, Native Title and Colonialism*, en *Through a Smoky Mirror*, cit., pp. 49-64; *Handbook of Critical and Indigenous Mythologies*, eds. Norman K. Denzin, Yvonna S. Lincoln y L.T. Smith, Los Angeles, Sage, 2008; Ian COBAIN, *The History Thieves: Secrets, Lies and the Shaping of a Modern Nation*, Londres, Portobello, 2016; Trish LUKER, *Decolonising Archives: Indigenous Challenges to Record Keeping in 'Reconciling' Settler Colonial States*, en « Australian Feminist Studies », 91-92 (2017), *Archives and New Modes of Feminist Research*, pp. 108-125; Victoria HASKINS, *Decolonizing the archives: a transnational perspective*, en *Sources and Methods in the History of Colonialism: Approaching the Imperial Archive*, eds. Kirsty Reid y Fiona Paisley, Londres, Routledge, 2017, cap. 3.

⁽¹⁴⁶⁾ A efectos más generales o, mejor dicho, más descontextualizadamente teóricos, Kwame Anthony APPIAH, *As If: Idealization and Ideals*, Cambridge Mass., HUP, 2017. El motivo del « as if » se ha hecho presente en la literatura jurídica en sede de ficciones como vía doctrinal para adaptación de derecho irrealista, no a efectos epistemológicos: Geoffrey SAMUEL, *Is Law a Fiction?*, en *Legal Fictions in Theory and Practice*, eds. Maksymilian Del Mar y William Twining, Londres, Springer, 2015, cap. 3.

⁽¹⁴⁷⁾ Tengo para mí que sí, por ejemplo, el ciudadano australiano Henry Reynolds hubiera sido de entera descendencia aborígen (pues alguna ha descubierto que tiene), no habría pasado, con toda su acreditada honestidad, del estudio solvente de los hechos a la negación problemática de la responsabilidad: H. REYNOLDS, *The Other Side of the Frontier: Aboriginal resistance to the European invasion of Australia* (1981), con nueva introducción, Sidney, UNSWP, 2006; ID., *An Indelible Stain?*, cit. Sobre el descubrimiento de « Aboriginal ancestry », algo « taboo » para la memoria familiar de su parte paterna, ID., *Nowhere People*, Camberwell, Penguin, 2005, prólogo: *Family Secrets: Secrets and Silences*, y posescrito: *Family Secrets: Research and Revelation*.

lógicos que historiográficos ⁽¹⁴⁸⁾. Cuando más, tales prevenciones permiten la extensión del control a aquellas ficciones *as if* por contraste en la interactividad o concienciación en el autoanálisis. La interdisciplinariedad académica, entre congéneres, no afronta estos requerimientos. Se trata de otra agenda, la profesional consabida ⁽¹⁴⁹⁾.

Las historias, unas y otras, no tienen por qué ser de distinto género. No tiene por qué ser menos crítica la no documentada o incluso la no documentable. Hay muy diversas formas de análisis crítico. Y puede haber integración. Porque a la postre no son tan diferentes, literatura o narraciones de ficción e historiografía de archivo pueden confluír de fondo y no sólo de forma revelando ante todo la pluralidad en presencia ⁽¹⁵⁰⁾. En nuestro escenario, entre palabra y documento, oralidad y escritura, no se trata de hacer una historia de Australia que comprenda a los pueblos indígenas, sino las historias en plural de cada colectividad más la historia en singular que sea común o, dicho de otro modo, las antropologías, inclusive las de no-indígenas, antes que la historiografía que interese al

⁽¹⁴⁸⁾ A. CURTHOYS y John DOCKER, *Is History Fiction?*, Sidney, UNSWP, 2006, p. 232: « where evidence is sparse and partial, our moral sympathies, political understanding, and cultural assumptions all affect what we judge as likely to be true »; *Indigenous Studies and Engaged Anthropology: The Collaborative Moment*, ed. Paul Sillitoe, Nueva York, Routledge, 2015; *Sources and Methods in Indigenous Studies*, eds. Chris Andersen y Jean M. O'Brien, Londres, Routledge, 2017, introducción de los editores: *Indigenous Studies: An appeal for methodological promiscuity*; PAHUJA, *Letters from Bandung*, cit., p. 573, inclusive la última nota, autolocalizándose responsablemente entre Australia, la India y Gran Bretaña.

⁽¹⁴⁹⁾ Julie Thompson KLEIN y Robert FRODEMAN, *Interdisciplining Humanities: A Historical Overview*, en *The Oxford Handbook of Interdisciplinarity* (2010), eds. los mismos y Roberto C.S. Pacheco, edn. actualizada, Oxford, OUP, 2017, cap. 11. Incluso para algo en teoría tan dislocalizado hoy como el derecho internacional requiere ahora autolocalización de su doctrina M. KOSKENNIEMI, *Foreword* a Anthea ROBERTS, *Is International Law International?*, Nueva York, OUP, 2017, pp. XIII-XVI.

⁽¹⁵⁰⁾ CURTHOYS y DOCKER, *Is History Fiction?*, cit., p. 2: « our interest in history's literary aspects — constituted through language, narrative, metaphor, rhetoric, and allegory — and the connection we see between questions of literary form and the desire for historical truth », sobre confluencia de forma, pero relacionada de fondo como ilustra particularmente su cap. 3: *Leopold von Ranke and Sir Walter Scott*, el historiador y el autor de novela histórica por antonomasia comparados de forma que no acredita la creencia de que el primero es quien ofrece una visión más solvente del pasado.

conjunto ⁽¹⁵¹⁾. La responsabilidad social de la academia es lo que requeriría.

No es ésta desde luego la forma como suelen barajarse esas agencias y en especial las que se presentan como historiográficas. Se mira más a la distinción y, con ello, menos a la confluencia. Como mucho, se piensa en la referida interdisciplinarietà desde el mismo supuesto de las distinciones disciplinares que excluyen por completo las prácticas consideradas indisciplinadas. De entrada se tiende a distinguir precisamente para adoptarse, mediante la contraposición, precauciones, como si sólo una « *juridical history* » o historia forense, la que mira ante todo a justicia, a reclamarla o a servirla con su necesaria dosis de oralidad, corriera el peligro de caer en el reduccionismo de una « *instrumental presentist perspective* », de un utilitarismo jurídico, político, económico o de otra índole ⁽¹⁵²⁾. ¿No hay, empero, un fondo de presentismo en toda historiografía?

En la propia historiografía que mira inmediatamente a un objetivo de justicia ha podido también distinguirse entre aquella que mira « *to establish a legal mechanism for reparations* » y otra que persigue desvelar « *the normative features of international law in need of critique for revision* ». ¿Hay que optar? ¿No pueden integrarse, sin hipotecas, en una sola, local y global? ¿No se benefician mutuamente con la integración? ⁽¹⁵³⁾. La misma historia

⁽¹⁵¹⁾ Gahssan HAGE, *White Nation: Fantasies of white supremacy in a multicultural society*, Melbourne, Pluto Press, 1998, respecto a la fantasía actual de una nación australiana multicultural inclusiva; HOKARI, *Anti-Minorities History*, cit., como proyecto, frustrado por la muerte prematura del autor, de emancipar de la historiografía australiana las historias indígenas y las de otras mal llamadas minorías.

⁽¹⁵²⁾ P.G. MCHUGH, *The Common-Law Status of Colonies and Aboriginal 'Rights': How Lawyers and Historians Treat the Past*, en « *Saskatchewan Law Review* », 61 (1998), pp. 393-429; RAY, *Aboriginal Rights Claims and the Making and Remaking of History*, cit., pns. 4350 (« *Is claims research more suspect than scholarly research? Has the claims process encouraged innovative research?* »), 4369, 4373 (« *there is no question that it — claims research — has had a number of positive effects in the realm of aboriginal rights and scholarship regarding native peoples* ») y 4391 (« *Claims research has also had a cumulative impact on the development of aboriginal rights law* »).

⁽¹⁵³⁾ John LINARELLI, Margot E. SALOMON y M. SORNARAJAH, *The Misery of International Law: Confrontations with Injustice in the Global Economy*, Oxford, OUP, 2018, p. 7, formulando la distinción a fin de optar por el segundo tipo de historia, esto

indocumentable que busca justicia puede aportar orientación y conocimiento por encima y hasta a la contra de la documentada o, dicho de otra forma, de la profesionalmente académica ⁽¹⁵⁴⁾. Hay mucho pendiente para la historia, tantas cosas perdidas por la vieja función de blanqueo de la historiografía todavía imperante ⁽¹⁵⁵⁾. Mas la historia, afortunadamente, no sólo la figura la historiografía de profesión.

Pese a la historia profesional, *Terra Nullius*, con la doble mayúscula, puede ser hoy un motivo de afirmación indígena. Hay quien argumenta que la defensa de derecho indígena necesita de la *terra nullius* como término identificativo de contraposición ⁽¹⁵⁶⁾. *Terra Nullius* parece que fuera el nombre indígena de Australia ahora que justamente se fomenta la recuperación de patronímicos y toponímicos, lo que tiene su vertiente práctica: la toponimia en lengua indígena prueba relación del pueblo correspondiente con la tierra respectiva y la patronimia puede hacer también referencia a lugares de pertenencia ⁽¹⁵⁷⁾. El continente australiano carece de

es, por la justicia global como si pudiera independizarse a efectos prácticos de la justicia respecto a los sujetos afectados; y p. 146 para registro de *terra nullius* como mecanismo colonial con referencia explícita al caso *Mabo*.

⁽¹⁵⁴⁾ ATTWOOD, *Telling the Truth about Aboriginal History*, cit., p. 158: « How does one relate a past that was only partially registered at the time it occurred because of its very nature? [...] How should we respond to alternative ways of relating the past, such as myth, given that they have different regimes of knowledge and so have ways of realising truth that diverge from those championed traditionally by academic history? [...] Are new forms of history-telling required in order to include Aboriginal voices or perspectives that do not meet the discipline's traditional requirements regarding evidence? ».

⁽¹⁵⁵⁾ *Lost in the Whitewash*, cit.; *Whitewash: On Keith Windschuttel*, cit.

⁽¹⁵⁶⁾ VERACINI, *Terra nullius and the 'history wars'*, post cit. (« *Terra nullius* and native title are so dialectically intertwined that they conceptually need each other: while *terra nullius* identifies native title so that it can be denied, native title establishes *terra nullius* so that it can be discontinued »). Ya hemos visto que la jurisprudencia australiana había hecho uso de este mismo argumento con la intención contraria de negar el título indígena.

⁽¹⁵⁷⁾ *The Land is a Map: Placenames of Indigenous Origins in Australia* (2002), eds. Luise Hercus, Flavia Hodges y Jane Simpson, 2009, *Appendix: Committee for Geographical Names in Australia, Guidelines for the Recording and Use of Aboriginal and Torres Strait Islander Placenames; Aboriginal Placenames: Naming and Re-Naming the Australian Landscape*, eds. Harold Koch y L. Hercus, Canberra, ANUP, 2009; Nick

denominación originaria en curso. La que tiene es sobrevenida por efecto de la invasión. Australia es nombre colonial en la medida en la que mantiene a Europa como término geográfico de referencia ubicando un norte sobre un sur. Y para nombre colonial, Queensland. Ni la geografía es inocente ⁽¹⁵⁸⁾. La descriptiva puede resultar normativa. Nueva Zelanda, otra denominación colonial donde las haya, lo tiene también y antes indígena, Aotearoa, en maorí. La misma América lo está adoptando, Abya Yala, en kuna ⁽¹⁵⁹⁾. En Australia hay un vacío de denominación propia que podría algún día llegar a colmar, con toda su brutal contradicción, *Terra Nullius* como nombre del continente e islas anexas.

No es el primer caso en el que una apelación peyorativa se asume con orgullo por quienes han sido sus víctimas revirtiendo en redondo su implicación de negativa a positiva ⁽¹⁶⁰⁾. Así está al menos procediendo alguna literatura de ficción, lo cual significa que pudiera tener también su valor para la historia, para una historia de

PAPER, *Saltwater Placenames around Mer in the Torres Strait*, en *Indigenous and Minorities Place Names: Australian and International Perspectives*, eds. Ian D. Clark, L. Hercus y Laura Kostanski, Canberra, ANUP, 2014, cap. 9.

⁽¹⁵⁸⁾ MOLLOY, *Cultural Memory and Literature*, cit., p. 17: « In Australia, land operates as *lieux de mémoire* for Aboriginal and White Australians. *Terra nullius* began as a legal concept, but over time, along with land and landscape, the concept has acquired ‘a fictive dimension’ that enabled particular physical spaces to become memory spaces »; « land [...] is a palimpsest ».

⁽¹⁵⁹⁾ Aotearoa ya lo hemos visto aparecer en alguna cita como otro nombre de Nueva Zelanda, el primero o el segundo según perspectiva más, menos o nada indígena. Tomándosele un tanto en vano, pero bastante menos de lo que el título podría hacer sospechar, *Magna Carta and New Zealand: History, Politics and Law in Aotearoa*, eds. Stephen Winter y Chris Jones, Londres, PMac, 2017. Adoptando un nombre ciertamente menos establecido, pues el kuna es lengua mucho más localizada en relación a todo el continente, B. CLAVERO, *Ama Llunku, Abya Yala, Constituyencia indígena y código ladino por América*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000. Se usa también, como indígena, el nombre de *Turtle Island* (en seneca, *Obwehno-Habnuwab*), pero éste sólo se refiere a América del Norte.

⁽¹⁶⁰⁾ Como la asunción de *Indian* en Estados Unidos: Joane NAGEL, *American Indian Ethnic Renewal: Red Power and the Resurgence of Identity and Culture*, Nueva York, OUP, 1996; David E. WILKINS y Heidi Kiiwetinepinesiiik STARK, *American Indian Politics and the American Political System* (2001), Lanham, Rowman and Littlefield, 2017.

presente ⁽¹⁶¹⁾. Ofrece en efecto ese brutal contraste para poner ante la vista una presencia humana primera, una presencia con un primer derecho, un derecho anterior al *common law* británico y a la Commonwealth australiana. Ayuda a generar memoria no meramente conmemorativa, sino seriamente reivindicativa. Contribuye a la realización de un derecho a la verdad, esto es a la averiguación que pueda conducir a la justicia ⁽¹⁶²⁾. Puede responder al mismo propósito tanto el repudio como la apropiación de *terra nullius*. Una y otra historia encierran su valor por contradictorias que parezcan.

A veces una historia indocumentable, como la que da por sentada la fuerza pretérita de *terra nullius*, se yuxtapone con fuerza a la historia documentada, como la que hace la constatación de que no es tanto el papel de *terra nullius*. Dado el caso, no hay por qué optar. Cada una cumple su función. Una se guía por la justicia; la otra, por la crítica. Al derecho interesan ambas. Y el derecho importa más que la historiografía; el presente más que el pasado. Todas las historias caben. Puede hacerlo incluso la *junk history*, la

⁽¹⁶¹⁾ COLEMAN, *Terra Nullius*, cit., p. 290: « This novel is a work of pure fiction yet it was influenced both shallowly and deeply by Indigenous Australian survival narratives », registrando referencias de obras que le han inspirado de autores indígenas, Sally Morgan, Kim Scott, Doris Pilkington Garimara y Banjo Woornmurra; Id., *When we encountered the nomads*, en « Meanjin », 76 (2017), 4, pp. 88-94. Para otra novelista australiana aborigen, profesora e investigadora de formación jurídica además, ya citada como tal, que recurre al tópico de la *terra nullius* en su misma obra de ficción, L. BEHRENDT, *Home* (2004) y, con el argumento referido de su persistencia « sicológica » hasta hoy, *Legacy* (2009); EAD., *Finding Eliza: Power and Colonial Storytelling*, St. Lucia, UQP, 2016. Autora en cambio no indígena, VISCIGLIO VECCHIO, *Terra Nullius*, cit., expone en su primer relato, el que da título a la colección, la otra perspectiva, la de unos colonos que llegan a mediados del siglo XIX: « Why aren't they here, then? Because we're here, that's why », ellos indígenas y nosotros invasores (edn. electrónica, pns. 67-68).

⁽¹⁶²⁾ SHARP, *Saltwater People*, cit., cap. 3: *Seascape and Memory*, epígrafe 'Terra Nullius' and the denial of memory; cap. 9: *Waves of Memory: Power and Memory in the Torres Strait*; ATTWOOD, *Telling the Truth about Aboriginal History*, cit., caps. 9 y 10; *Rethinking settler colonialism: History and memory in Australia, Canada, Aotearoa New Zealand and South Africa*, ed. Annie E. Coombes, Manchester, ManUP, 2006; *Passionate Histories: Myth, Memory and Indigenous Australia*, eds. Frances Peters-Little, A. Curthoys y J. Docker, Canberra, ANUP, 2010; N. SHARP, *Burying genocide: Official remembrance and reconciliation in Australia*, en *Remembering Genocide*, eds. Nigel Eltringham y Pam Maclean, Londres, Routledge, 2014, cap. 9.

historiografía basura, la que se pretende ciencia y es política sectaria, pues la colación del resto puede controlarla ⁽¹⁶³⁾. También existe la *junk justice*, la jurisprudencia chatarra, planteándonos la misma necesidad del ejercicio continuo del contraste. Lo propio se diga para una *junk anthropology*, una antropología bazofia como la que en juicio encubre colusión de parte con peritaje de profesión ⁽¹⁶⁴⁾. Por no hablar de la *junk fiction*, literatura excrecencia, producto destilado y hasta exquisito del supremacismo de raíz europea ⁽¹⁶⁵⁾.

⁽¹⁶³⁾ Peter W. HUBER, *Galileo's Revenge: Junk Science in the Court Room*, Nueva York, Basic Boons, 1991; Gary EDMOND y MERCER, *Keeping 'Junk' History, Philosophy and Sociology of Science out of the Courtroom: Problems with the Reception of 'Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals Inc.'*, en « University of New South Wales Law Review », 20 (1997), 1, pp. 48-100. Mas hemos visto que CONNOR, *The Invention of Terra Nullius*, cit., ha podido contribuir a la incitación de una revisión historiográfica.

⁽¹⁶⁴⁾ BURKE, *Law's Anthropology*, cit., p. 21: « The unmasking of the pretensions of the science becomes the unmasking of the authority of the judge. The judge who puts his faith in ideal images of science has no cloths », debiendo comprenderse en *ciencia* por supuesto la presunta del derecho, pues puede además que « the law's uncritical ideas of science », de la ciencia más propiamente dicha, resulte « a concealment of its own jealous guarding of the power of courts to declare what counts as science for the purpose of law »; p. 22: « will anthropological research for claims be rejected as *junk anthropology*? »; cap. 8: *Apocalypse 'Yulara'? The emergence of a judicial discourse of 'junk' anthropology*.

⁽¹⁶⁵⁾ Podría incluirse hasta a un premio Nobel (2003): Derek ATTRIDGE, *Age of Bronze, State of Grace: Music and Dogs in Coetzee's 'Disgrace'*, en « Novel: A Forum on Fiction », 34 (2000), 1, pp. 98-121; más deferente, Rosemary JOLLY, *Going to the Dogs: Humanity in J.M. Coetzee's 'Disgrace', 'The Lives of Animals', and South Africa's Truth and Reconciliation Commission*, en *J.M. Coetzee and the Idea of the Public Intellectual*, ed. Jane Poyner, Athens, Ohio University Press, 2006, pp. 148-171. J.M. Coetzee emigró de su Sudáfrica natal a Australia (2002), nacionalizándose australiano (2006); su primera novela posapartheid, *Disgrace* (1999), figura el avasallamiento de la Sudáfrica blanca por la Sudáfrica negra. En *Waiting for the Barbarians* (1980), la presencia subalterna indígena presagiaba degradación. Su causa política conocida, entre Sudáfrica y Australia, es la de denuncia, por sí mismo y por medio de su personaje Elizabeth Costello, del holocausto animal en la industria de la alimentación. Por supuesto que no apoyó el apartheid, pero se muestra tan esquivo respecto al empeño de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación de Sudáfrica como efusivo con la Australia blanca de adopción. El acomodo del racismo en la ambigüedad no se le escapa a Graham HUGGAN, *Australian Literature: Postcolonialism, Racism, Transnationalism*, Oxford, OUP, 2007, cap. 3: *Interrogating Whiteness*. La indiferencia en su momento hacia el apartheid, pese a rememoraciones literarias al cabo del tiempo, la testimonia un compañero de más que generación: Jonathan CREWE, *In the Middle of Nowhere: J.M. Coetzee in South Africa*, Lanham,

La literatura australiana indiferente a la presencia indígena ya tiene su epitafio: «There is nothing now for fiction but silence» o también salvo el recurso a una narrativa minimalista ⁽¹⁶⁶⁾. Mas todo interesa si se le ubica, inclusive el silencio o el minimalismo tan cómplices como la palabra y la prodigalidad de estilo previas.

En Australia, a partir del caso *Mabo*, se ha manifestado con fuerza la tensión entre ejercicio profesional de la historiografía y de la antropología de una parte y, de otra, la representación de la historia por parte de quienes no cuentan con más archivo que la propia remembranza colectiva. Es tensión entre lo documentado y lo indocumentable. ¿Un ejemplo? La memoria indígena registra masacres de las que nunca hubo documentación ni ahora se encuentran restos. ¿Con qué nos quedamos? ¿El criterio resolutorio ha de ser el de la historiografía profesional? ¿Merece la profesión esta confianza? El dilema no sólo interesa al conocimiento del pasado, sino también, neurálgicamente, a la política de presente, al acceso a derechos en el seno de una ciudadanía en pie de desigualdad, incluyéndose el derecho a la indagación, la memoria, la justicia y la reparación. Se habla, entre la política y la academia, de *history wars* que remueven los cimientos tanto, en lo mayor, de una identidad nacional como, en lo menor, de unas profesiones académicas. ¿A quién pertenece el pasado? ⁽¹⁶⁷⁾. Quienes se resisten a participarlo es

University Press of America, 2016, pp. 7-9. Equivale a la ceguera respecto a la Australia indígena.

⁽¹⁶⁶⁾ Anthony UHLMANN, *Silence and Sound in the Sentences of Gerald Murnane's 'A Million Windows'*, en «Journal of the Association for the Study of Australian Literature», 15 (2015), 1, art. 8 (p. 4). Murnane de estirpe irlandesa, y Coetzee, de descendencia neerlandesa, son autores cuyas ficciones y abstracciones sintonizan: A. UHLMANN, *Signs for the Soul*, en «Sidney Review of Books», 9 de julio de 2013.

⁽¹⁶⁷⁾ Stuart MACINTYRE y Anna CLARK, *The History Wars* (2003), *with a new afterword*, Melbourne, MelUP, 2004; COLLINS y DAVIS, *Australian Cinema after Mabo*, cit., parte I: *Australian Cinema and the History Wars*; VERACINI, *Between a 'Contested Ground' and an 'Indelible Stain'*, cit.; ID., *A Prehistory of Australia's History Wars: The Evolution of Aboriginal History during the 1970s and 1980s*, en «Australian Journal of Politics and History», 53 (2006), 2, pp. 439-454; Inga CLENDINNEN, *The History Question: Who Owns the Past?*, en «Quarterly Essay», 23 (2006), pp. 1-72; CURTHOYS y DOCKER, *Is History Fiction?*, cit., cap. 11; MOLLOY, *Cultural Memory and Literature*, cit., pp. 187-188: «The problem for Australia is that the rich legacy of memories shared by

porque tampoco están en la buena disposición de compartir el presente. Y quieren monopolizar la mediación. Se topan con preguntas incómodas (168).

Añadamos un par: ¿tanta necesidad hay de antropología y de historiografía sobre *los otros* cuando estos otros tienen su propia voz incluso, a estas alturas, como parte, colectivamente, en juicio? ¿No seguimos funcionando como ventrílocuos quienes no somos indígenas? (169). Hay otra: ¿por qué es la parte indígena la que ha de apechar con la carga de la prueba de su derecho mediante historiografía y antropología cuando la historiografía y la antropología lo primero que ponen en evidencia es su desposesión? (170) La Alta Corte de Australia ya sabemos que tiene a mano una respuesta desde el propio caso *Mabo*: es el tsunami de la historia, *the tide of history*, estúpido. Dicho en términos jurídicos, unos términos contrarios a la secuencia histórica: primero va el *common law*; luego, a considerable

the dominant culture stems from violent founding events that the state has legitimised ». Por identidad nacional y profesión académica se preocupa ATTWOOD, *Telling the Truth about Aboriginal History*, cit.

(168) ATTWOOD, *Telling the Truth about Aboriginal History*, cit., p. 37: « Many have interrogated historical narratives by asking questions like: Whose history is this? Who is telling this story? Whose interests are served by it? What kind of truth does this history tell? This has been apparent in a number of historical fields in Australia, but none more so than the one that came to be referred to as Aboriginal history ». Y otra pregunta incómoda más que se nos hace: « Whose international law is it? » (KOSKENNIEMI, *Foreword*, cit., p. XIV).

(169) Incluso la autora que ya sabemos más sensible para con la voz meriam, SHARP, *Stars of Tagai*, cit., no deja de ceder a la tentación académica de superponer la suya propia. Intenta corregir la superposición más resuelta de BECKETT, *Torres Strait Islanders*, cit., quien en todo caso ya había tenido ocasión de corregirse en alguna medida ante la presencia de la voz meriam en el caso *Mabo* en cuyo proceso actuó como experto: SHARP, *No Ordinary Judgment*, cit.; BURKE, *Law's Anthropology*, cit., pp. 73-82.

(170) Ya que andamos entre latinajos, respecto al de *prior in tempore, potior in iure* que se aplica precisamente entre europeos ignorándose la prioridad indígena, Richard A. EPSTEIN, *Property Rights Claims of Indigenous Populations: The View from the Common Law*, en « University of Toledo Law Review », 31 (1999-2000), 1, pp. 1-15, p. 4: « a practical monkey-wrench », « a source of irony », pues el derecho de conquista « allows the latecomer to prevail in their own courts ». Siempre tan acrílicos como representativos, FELLMETH y HORWITZ, *Guide to Latin in International Law*, cit., p. 229: « *Prior in tempore, potior in iure*: 'First in time, greater in right'. A maxim meaning that the law favors those who establish their rights earlier rather than later ».

distancia, el *native title*. El primero admite desde luego voz indígena ⁽¹⁷¹⁾, lo mismo que puede aceptar título nativo, cómo no, pero para lo que no tiene cabida es para las voces de los pueblos indígenas ⁽¹⁷²⁾. Prevalece el *common law* con o sin *terra nullius*, con una o con otra historia que se figure, con la anterior o con la posterior al caso *Mabo*. La historiografía vale para el roto como para el descosido.

De quién es hoy la historia fue cuestión suscitada tras *Mabo* intentándose que la jurisprudencia volviera a hacer historiografía. Lo mismo que había negado la existencia de *terra nullius* debía afirmar la comisión de genocidio ⁽¹⁷³⁾. De parte demandante indígena se reivindicó su propia autoridad respecto tanto al pasado como al presente: « I would like the judges to keep an open mind that the victims of genocide are the experts in the facts of what has happened and how genocide is affecting them ». El pasado está presente porque lo es. La víctima bien lo sabe. El caso no prosperó, aunque hubo jueces que reconocieron « that acts of genocide were commit-

⁽¹⁷¹⁾ Paul ROTH, *Indigenous Voices at Work*, en *Voices at Work: Continuity and Change in the Common Law World*, eds. Alan Bogg y Tonia Novitz, Oxford, OUP, 2014, cap. 5, se atiende al espacio documentable del trabajo legal por cuenta ajena, con explicaciones subsiguientemente de lo más primarias: « Indigenous people have lacked much of a voice in the workplace because of their low numbers in the workforce, their precarious position in it, as well as their historical concentration in the more remote parts of Australia », bien que haciendo también referencia a sus dificultades específicas en el ámbito sindical por el peso de la *White Australia policy* en este mismo mundo del trabajo (p. 105).

⁽¹⁷²⁾ Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, sitio oficial cit., art. 3, conforme a los artículos primeros de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos: « Indigenous peoples have the right to self-determination. By virtue of that right they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development »; art. 38: « States, in consultation and cooperation with indigenous peoples, shall take the appropriate measures, including legislative measures, to achieve the ends of this Declaration », habiendo de comprenderse, para guardarse congruencia, en « medidas legislativas » las constitucionales. Y todo el resto de los artículos desde luego, como los citados referentes al derecho a la tierra y al territorio, mucho más que el *native title*.

⁽¹⁷³⁾ R. VAN KRIEKEN, *Liberalism and Civilization: between Assimilation and Cultural Genocide*, en *Grenzgängerin / Bridges between disciplines. Festschrift für Irmingard Staebble*, ed. Christiane Kraft Alsop, Heidelberg, Asanger, 2001, pp. 210-228.

ted during the colonisation of Australia »⁽¹⁷⁴⁾. No hay sentencia que lo condene. El genocidio sigue ahí presente en la historia y ausente en el derecho. *Mabo* parece al final un espejismo, uno de esos espejismos que se prodigaron por la eurosfera en el año emblemático de 1992, cinco siglos redondos desde su inicio. El festejo pasó, no la historia, no el pasado presente.

En un volumen que, a propósito de las *history wars*, abre un interrogante sobre la ética de quienes nos dedicamos a la historiografía se pretende que una víctima colateral de dichas guerras figuradas ha sido la de unas buenas relaciones entre ficción e historia con el auge anterior de la novela histórica, juzgándosele a éste positivo sin reservas de alcance⁽¹⁷⁵⁾. Me temo que hablamos de diversos entendimientos de la ficción, de la historia e incluso de la ética o, dicho de otra manera, que tenemos un diverso concepto de la responsabilidad moral de una tarea y de la otra, de la indagación y de la imaginación de historia, literaria o popular que la mitopoyesis resultante de esta última sea. Hay posibilidad y necesidad de integración. Al efecto, entre historia testimonial e indocumentable que responde a aspiración de justicia e historia profesional y documen-

(174) CURTHOYS, GENOVESE y REILLY, *Rights and Redemption*, cit., pp. 198 (palabras de Wadjularbinna Nulyarimma encabezando el capítulo 5 ya citado) y 125. Entre piezas probatorias, se presenta alguna obra de Reynolds, pero éste nunca ha admitido la comisión de genocidio en la historia de Australia, cuánto menos en su presente. Dejó bien clara esta postura a continuación: REYNOLDS, *An Indelible Stain?*, cit.

(175) I. McCALMAN, *Flirting with Fiction*, en *The Historian's Conscience: Australian Historians on the Ethics of History*, ed. S. Macintyre, Melbourne, MelUP, 2004, cap. 13. Jerome DE GROOT, *The Historical Novel*, Londres, Routledge, 2010, señala el florecimiento en Australia incluso para lectura juvenil (pp. 41 y 89), pero sin detenerse en su peculiaridad como agente performativo del orgullo masculino y colonial en sintonía con una literatura imperial británica comparativamente más datada: Angelia POON, *Enacting Englishness in the Victorian Period: Colonialism and the Politics of Performance*, Londres, Routledge, 2008; Patrick BRANTLINGER, *Victorian Literature and Postcolonial Studies*, Edimburgo, Edinburgh University Press, 2009, cap. 2, epígrafe final: *Can Subalterns Speak?*, replicando, respecto a indígenas de Australia, el interrogante de Gayatri Spivak, habida cuenta de una presencia humana acreditada hasta judicialmente (p. 100: « as the Australian High Court acknowledged in 1992, Aboriginal Australia was never *terra nullius* », tierra sin gente ahora se entiende en el sentido más prosaico). En todo caso, la ética es la primera cuestión que se plantea el mismo DE GROOT, *Remaking History: The Past in Contemporary Historical Fictions*, Nueva York, Routledge, 2016.

tada que se precia de atender a crítica y de autocuestionarse así continuamente lo que se requiere es integridad, una integridad desde luego ante todo y sobre todo ética.

« It is not knowledge we lack. What is missing is the courage to understand what we know and to draw conclusions », ha podido concluirse tratándose precisamente de genocidios ⁽¹⁷⁶⁾. Hace falta menos avanzar en la investigación que hacerse cargo de las evidencias a efectos antes prácticos que académicos. La historia no es patrimonio de la historiografía ni el derecho de la jurisprudencia. No pertenecen a sus profesionales ⁽¹⁷⁷⁾. El ordenamiento es algo demasiado importante como para confiárselo a juristas. Y los derechos lo son aún más como para que sigan en manos de supremacistas. « A fact's a fact / It belongs to them / Let's give it back » ⁽¹⁷⁸⁾. Con tanta

⁽¹⁷⁶⁾ S. LINDQVIST, 'Exterminate All the Brutes', en *The Dead Do Not Die*, cit., libro primero, pp. 13 y, abundando, 177 (« It is not knowledge that is lacking. The educated general public has always largely known what outrages have been committed and are being committed in the name of Progress, Civilization, Socialism, Democracy, and the Market. At all times it has also been profitable to deny or suppress such knowledge ») y 180. Tanto « Exterminate all the brutes » como los « Dark places » de CLARKE, *Travel Writing from Black Australia*, cit., proceden sabidamente de la ficción real, del *Heart of the Darkness* (1898-1899) de Joseph Conrad, Józef Konrad Korzeniowski. Hay usos figurados quizá solo en comparación; así, respecto a la Organización Mundial del Comercio, M. ABÉLÈS, *Heart of Darkness: An Exploration of WTO*, en *Palaces of Hope*, cit., cap. 2.

⁽¹⁷⁷⁾ RAY, *Aboriginal Rights Claims and the Making and Remaking of History*, cit., pñ. 275: « I had always thought that questions on these topics were of interest only to academics. It was not until my involvement in litigation as an expert witness that I discovered » lo contrario, algo que no tiene por qué limitarse ni al factor indígena ni a la función forense y cuyo valor se reduce drásticamente si sigue manteniéndose una visión histórica de fondo todavía complaciente con el colonialismo y el supremacismo europeos, euroamericanos y euroaustrales, como sucede en el caso, según sabemos, y como suele ocurrir, aún en mayor grado y con excepciones desiguales, en la academia tanto jurídica como no jurídica.

⁽¹⁷⁸⁾ <https://www.youtube.com/watch?v=ejorQVy3m8E>: otro grupo rock australiano, MIDNIGHT OIL, *Beds Are Burning*, del álbum *Diesel and Dust*, Columbia Records, 1987. *Them* hace referencia a indígenas, desde cuya perspectiva hay un tema en el mismo álbum, *The Dead Heart*: « White man listen to the songs we sing / White man came took everything [...] Mining companies, pastoral companies / Uranium companies, collected companies / Got more right than people / Got more say than people ». Ambas canciones se estrenaron en una gira, *Black Fella / White Fella*, que visitó comunidades aborígenes y de la que se publicó crónica: Andrew McMILLAN, *Strict Rules: The Black*

jurisprudencia, tanta historiografía y tanta antropología de las que disponemos, la ficción y el rock lo expresan mejor: un hecho es un hecho y el derecho habrá de ser conforme ⁽¹⁷⁹⁾.

La música que se tiene por menor y nada clásica, sin pedigrí de latines como *opera*, *magnificat*, *te-deum* o *requiem*, se anticipó y superó a *Mabo*. Ficción y rock no son derecho por supuesto, pero inciden en el rumbo de una cultura social que, cuando menos, lo refleja y, cuando más, lo condiciona y hasta lo determina ⁽¹⁸⁰⁾. No es todo jurisprudencia ni todo legislación para el derecho. Tampoco lo es todo ni Constitución ni ordenamiento internacional. No lo son todo ni éstos ni cualesquier otros órdenes con su componente de ficción todos ellos ⁽¹⁸¹⁾. Pero, entre tantas cosas que ignoro, carezco

Fella White Fella Tour, Sidney, Hodder and Stoughton, 1988. Con características de himno, MURRAY y ANU, *My Island Home*, cit.

⁽¹⁷⁹⁾ Ian McFARLANE, *Encyclopedia of Australian Rock and Pop* (1999), Gisborne (Turanga-nui-a-Kiwa), Third Stone, 2017, s.v. (otro latín; *sub voce*), *Goanna* y *Midnight Oil*. No se tiene en cambio una buena prosopografía judicial: Sarah BURNSIDE, *Australian Judicial Biography: Past, Present and Future*, en « Australian Journal of Politics and History », 57 (2011), 2, pp. 719-726; R. PITTY, *Judicial Biography, Creativity and Diversity in Australia*, en « Australian Journal of Political Science », 46 (2011), 4, pp. 719-726; Tanya JOSEV, *Judicial Biography in Australia: Current Obstacles and Opportunities*, en « University of New South Wales Law Journal », 40 (2017), 2, pp. 842-861. Si alguien me preguntase por una lectura para empezar a introducirse en la Australia indígena, le recomendaría sin dudarle, no desde luego mi trabajo, sino, historiador y jurista como soy, *Terra Nullius* de Claire Coleman, una novela.

⁽¹⁸⁰⁾ De lo más a propósito, en dicho contexto y con tal efecto, sobre ópera que aquí, para contraste, interese, hay clásico en buen sentido: Edward W. SAID, *Culture and Imperialism* (1993), Londres, Vintage, 2014, cap. 2.IV: *The Empire at Work: Verdi's 'Aida'*, y de paso, por supuesto, cap. 1.III: *Two Visions in 'Heart of Darkness'*, con cita de encabezamiento de la novela de Joseph Conrad, de su personaje y narrador ficticio Charlie Marlow: « The conquest of the earth, which mostly means the taking it away from those who have a different complexion or slightly flatter noses than ourselves [...] ».

⁽¹⁸¹⁾ La frase recién citada de Charlie Marlow, frase doblemente, como mínimo, de ficción, preside una obra de no-ficción que conduce a una cruda realidad, la colonial, a través de más y más ficciones de un imperialismo, el europeo, entre las cuales se comprenden las mismas narraciones de Conrad, pues, aún con todo, según el propio Edward Said pone de manifiesto, tales resultan, imperiales, por falta de ubicación e incapacidad de representación del otro, el colonizado, sin conciencia de la limitación, lo decisivo. Lo propio puede decirse de Sven Lindqvist, quien recorre África y Australia preocupándose por genocidios, pero sin hacer el intento tan siquiera de comunicarse con víctimas o con descendientes. Aplíquese a la historiografía y a la jurisprudencia, inatentas

de medios para averiguar cómo anda la afición al rock entre el personal judicial, parlamentario y demás de la Commonwealth y de sus Estados de allá por las antípodas de Europa a lo largo, a lo ancho y en los aledaños de la *Terra Australis Nullius*.

o atentas a la presencia indígena que estén, así como a la antropología tan atentísima, pues en la atención no radica la diferencia. Difícilmente progresará otra cosa mientras que el supremacismo impere.

GIUSEPPE VETTORI

IL SESSANTOTTO E LA FORZA DEI PRINCIPI.
ANCORA UN INIZIO

1. I fertili anni sessanta. — 2. La rivoluzione intellettuale in Europa. — 3. Costituzione e diritto privato: le intuizioni di Stefano Rodotà. — 4. Dalla post-modernità al presente. — 5. Le immagini della giustizia e uno sguardo al futuro. Ancora un inizio.

1. *I fertili anni sessanta.*

« Con quale spirito lo studioso del diritto civile deve oggi muovere verso la frontiera della sua scienza? ».

Con queste parole inizia la prolusione di Stefano Rodotà a Macerata ⁽¹⁾ e la stessa domanda può porsi, oggi, di fronte al dibattito sul ruolo delle norme costituzionali, sul rapporto fra Regole e Principi, sul processo di ri-codificazione che sta attraversando l'Europa e l'America Latina.

Uno sguardo al passato, come sempre, aiuta.

Gli anni sessanta sono stati dominati da grandi personalità (Kennedy, Chruscev, Giovanni XIII) e da una dinamica sociale semplificata, frutto della guerra fredda e della rigida contrapposizione ideologica riferibile a blocchi ideali e politici interni (come il connettivo politico dell'antifascismo) e internazionali (come la divisione di Yalta).

La scienza giuridica era dominata da un rigido formalismo, ispirato ad un metodo mutuato dal positivismo logico e da una propensione esclusiva al concetto che escludeva la stessa possibilità di un dialogo con la giurisprudenza e le altre fonti. La Chiesa, l'Università e tutte le altre istituzioni rispecchiavano un ordine

⁽¹⁾ S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in « Riv. dir. comm. », 1967, I, p. 83 e ss.

chiuso che si trovò del tutto impreparato ad affrontare la ventata improvvisa della rivolta, esplosa nel 1968 ma preparata da una pluralità di fatti.

La letteratura si era impegnata, per lo più, nel dopoguerra in opere neo realiste ispirate alle storie partigiane ⁽²⁾, ma poco a poco gli spiriti più sensibili cominciarono ad avvertire un'atmosfera molto diversa.

La guerra fredda spandeva nell'aria « una tensione, che non si manifestava in immagini visibili ma dominava gli animi », tanto da esprimere la sofferenza di quel periodo e la voglia di uscirne. Cresceva la percezione di un uomo « dimidiato, incompleto » (detto da Marx alienato e da Freud represso) che prendeva forma nei racconti di Calvino sul Visconte dimezzato, « espressione dei tipi di mutilazione dell'uomo di allora », teso a costruire (come mastro Pietrochiodo) bombe o « dispositivi di cui non si sapeva la destinazione sociale. Sicché l'impegno esclusivo nel 'far bene il proprio mestiere' non poteva bastare a mettere a posto la coscienza ». Insomma, i tempi mettevano a dura prova gli animi inquieti. « Nuove speranze e nuove amarezze si alternavano » rendendo difficile la ricerca del « giusto rapporto fra la coscienza individuale e il corso della storia ». Specialmente quando, sul finire di quegli anni, l'uomo (artificiale) si identifica coi prodotti e con le situazioni, sicché nel linguaggio letterario diviene inesistente « perché non fa più attrito con nulla, non ha più rapporto con ciò che (natura o storia) gli sta intorno, ma solo astrattamente 'funziona' » ⁽³⁾.

Da qui la tensione verso una compiutezza dell'essere ⁽⁴⁾ che si interroga sulle potenzialità umane fra le speranze del boom economico, le conquiste dalla tecnica e la tensione palpabile della guerra fredda.

Per le arti figurative iniziò un risveglio forte.

⁽²⁾ « Tutte movimento, tutte spari, un po' crudeli e un po' spaccone come nello spirito dei tempi »: il segno antropologico del decennio è reso benissimo nella trilogia di Calvino scritta fra il 1950 e il 1960. I. CALVINO, *I nostri antenati. Il visconte dimezzato. Il barone rampante. Il cavaliere inesistente*, Milano, 2005, p. 392.

⁽³⁾ Ivi, p. 398.

⁽⁴⁾ *Ibidem*. Calvino parla di « colui che ricerca una sua pienezza sottomettendosi a un'ardua e riduttiva disciplina volontaria ».

Se per un ventennio il fascismo, preso dalle celebrazioni patriottiche, aveva posto una « barriera fra l'Italia e i Paesi dell'Occidente europeo », subito dopo il nostro paese si mostrò capace di riprendere un proprio cammino intellettuale con nuove personalità che varcarono le frontiere a lungo bloccate e dominarono i decenni successivi. Gli artisti tornarono negli studi, i gruppi presero nomi militanti, le nuove tendenze in particolare si misurarono con i consensi e le critiche ideologiche della sinistra marxista che bollava quegli esperimenti come scarabocchi.

Insomma, si abbandonò l'autarchia e si ridette respiro alla libertà espressiva ⁽⁵⁾.

Fra il 1956 e il 1968 esplose e declinò il fenomeno più importante della seconda metà del secolo, capace di interessare un pubblico non abituato a comprendere il linguaggio artistico. Ciò avvenne perché « l'immaginario della Pop Art [...] condivise sin dai suoi inizi lo stesso spazio dell'immaginario del suo potenziale pubblico ». Di qua e di là dell'Oceano molti autori « si misurarono con le tematiche della società contemporanea », esaminando gli oggetti della vita quotidiana e spostarono « l'attenzione dall'interno del processo creativo all'esterno » aprendo « porte e finestre degli studi per lasciarvi entrare [...] brani del mondo esterno [...] e le inevitabili riflessioni su di esso » ⁽⁶⁾. Cittadini comuni ed *élite* artistiche si incontrano nell'osservare e commentare le stesse immagini dotate di una oggettività che avvicinava perché « chiunque a qualsiasi ambito sociale appartenesse, apriva la stessa scatola di zuppa e beveva la stessa bevanda » ⁽⁷⁾.

⁽⁵⁾ *L'Italia s'è desta 1945-1953. Arte in Italia nel secondo dopoguerra da De Chirico a Guttuso, da Fontana a Burri*, a cura di C. Spadoni, Torino, 2011; G. DORFLES, *Così tornammo a essere europei nel dopoguerra senza più frontiere*, in « Corriere della Sera », 13 febbraio 2011, p. 42.

⁽⁶⁾ W. GUADAGNINI, *POP ART: cinquant'anni dopo*, in *POP ART 1956-1968*, Milano, 2007, Catalogo della mostra allestita a Roma nelle scuderie del Quirinale dal 26 ottobre 2007 al 27 gennaio 2008.

⁽⁷⁾ Perché « una Coca è una Coca, e nessuna somma di denaro può procurarti una Coca migliore di quella che il barbone beve all'angolo della strada »: così N. PRINTZ, *Warhol in His Own Words*, in *Andy Warhol. A Retrospective*, a cura di K. McShine, catalogo della mostra, New York, 1989, citato da GUADAGNINI, *POP ART: cinquant'anni dopo*, cit., p. 19.

La chiave di lettura di quel fenomeno è duplice. La evidenza comune degli oggetti e la riflessione su di essi in continuità con la funzione da sempre svolta dalla grande pittura capace di adottare un linguaggio che oltrepassa i « confini dello specifico mondo dell'arte » (8). Un fenomeno, come si è detto, globale ma vissuto in modo molto diverso nel contesto dei diversi paesi che assistevano alla vicenda, eclatante, della conquista dello spazio. Dal lancio nel 1957 dello Sputnik sovietico allo sbarco sulla Luna nel 1969 dell'Apollo 11 americano.

In Italia non mancarono i luoghi di diffusione di questo nuovo messaggio, ma la reazione delle istituzioni e della critica fu molto fredda. « Si faticava ad accettare l'estremo disincanto ideologico e la forte componente empirica di questo linguaggio e il sospetto della colonizzazione americana, in una cultura dominata dal marxismo, e da un cattolicesimo conservatore, completavano il quadro » che disincentiva i singoli autori e il movimento nel suo complesso (9).

Ma ben presto tutto cambia.

Muta improvvisamente la percezione e la rappresentazione della realtà. La tela non è più sufficiente a fissare il reale e pochi gesti infrangono il dogma del quadro finestra (10). Alberto Burri sovrappone alla tela altri materiali, modifica e altera il tessuto, contaminandolo con la realtà materiale; Pollock toglie il quadro dal cavalletto e abbandona la dimensione verticale per una pluralità di prospettive che assorbono nel quadro la realtà; Fontana lacera la tela mostrando direttamente, senza rappresentarla, una realtà che va oltre; Morandi teorizza le ragioni per tornare a guardare le cose da un punto di vista formale e non occasionale; Kounellis parla espressamente della sua volontà di uscire dal quadro per dialogare con il pubblico; insomma le arti figurative creano una realtà nuova sino all'arte performativa che esclude la stessa possibilità di attaccare il quadro alla parete e si incentrano sul ruolo del corpo e delle

(8) Ivi, p. 20.

(9) Ivi, pp. 25-27.

(10) M. RECALCATI, *Il mistero delle cose. Nove ritratti di artisti*, Milano, 2016, p. 12 e ss.

manifestazioni delle sue possibilità estreme, nella ricerca ancora di una manifestazione nuova del reale ⁽¹¹⁾.

Ciò che accadde nel mondo del diritto ha tratti omogenei a tutto ciò.

Alla fine dell'800 il giurista italiano era in continuità con il gius-naturalismo precedente e con l'astrazione del suo sapere. Il diritto civile si immedesimava in un testo, il codice civile, a cui si riconosceva un indubbio primato, rafforzato dalla funzione dell'interprete, confinata in una mera esegesi ⁽¹²⁾ che si mostrò via via sempre più inadeguata. L'influsso dei giuristi tedeschi e del Pandettismo esaltò il ruolo del diritto romano e spinse alla costruzione di concetti rivalutando la funzione e l'azione intellettuale dei civilisti. Ma l'incontro significativo fu in quegli anni con il positivismo filosofico e con le prime istanze solidaristiche di fine secolo che provocarono « un ameno guazzabuglio » ⁽¹³⁾ o meglio un « intreccio di stimolazioni che rivelava ingenuità e acriticità » ma fornì anche « preziosi strumenti affrancatori a qualche giovane ansioso di nuovo » ⁽¹⁴⁾. Anche se solo pochi seppero cogliere in tali fatti un'anticipazione del futuro. « Normativismo e formalismo, legalismo e concettualismo continuarono ad essere la veste candida del civilista italiano » ⁽¹⁵⁾. Solo la presenza vigile e inquieta di grandi Maestri come Vassalli, Betti e Pugliatti seguì gli sviluppi della società in evoluzione « traducendo le movenze di una civiltà in pagine di riflessione giuridica di intensa storicità » ⁽¹⁶⁾. Gli anni successivi furono dominati ancora da una cultura che si affidava al primato del Codice e alle Dottrine generali di Santoro Passarelli ⁽¹⁷⁾ come Libri simbolo di un'epoca come è stato detto benissimo ⁽¹⁸⁾.

L'incontro fra il positivismo dei giuristi e il neopositivismo

⁽¹¹⁾ M. ABRAMOVIC, *The cleaner*, Venezia, 2018.

⁽¹²⁾ P. GROSSI, *La cultura del civilista italiano. Un profilo storico*, Milano, 2002, p. 12 e ss.

⁽¹³⁾ L'espressione è di Eugenio Garin (citata *ivi*, p. 26).

⁽¹⁴⁾ *Ivi*, p. 27 e ss.

⁽¹⁵⁾ *Ivi*, p. 56.

⁽¹⁶⁾ *Ivi*, p. 121.

⁽¹⁷⁾ F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1944.

⁽¹⁸⁾ N. IRTI, *Una generazione di giuristi*, in *Id.*, *La cultura del diritto civile*, Torino, 1990, pp. 57-58.

logico dei filosofi ebbe un esito chiaro. La scienza giuridica si dedicò alla costruzione di concetti sino ad acquistare un rigore e una identità pari alle scienze fisiche e naturali. La norma era osservata come altri fenomeni naturali. L'interprete divenne un tecnico del linguaggio e il diritto si esaurì in una visione strutturale di un insieme di regole che fissavano, di tempo in tempo, in modo rigido i poteri e il loro esercizio.

Una svolta decisiva non poteva che avvenire in un contesto culturale più ampio e doveva coinvolgere in primo piano la filosofia.

Il positivismo si basava su di un fondamento chiaro. L'idea che in ogni sistema vi fosse un criterio comune e riconosciuto per determinare quali standard valgono come diritto e quali no. Sicché identificate le regole giuridiche si trattava solo di seguire il metodo della conformità fra fatto e diritto, ma i civilisti vissuti sino allora di positivismo giuridico si accorsero, dopo il crollo del regime e l'approvazione della Costituzione repubblicana, che le « cose erano meno semplici di quanto credevano e che i conti non tornavano » (19).

In Italia si avvertì nel mondo cattolico (20) la necessità di un nuovo ordine espresso da un « nuovo diritto naturale e un nuovo giusnaturalismo di marca ben diversa da quello illuminista », e fu proprio Santoro Passatelli che teorizzò una nuova figura di giurista interprete della coscienza sociale, « espressione della natura umana dei consociati, di quella coscienza sociale da cui deriva la stessa obbligatorietà della legge » (21).

2. *La rivoluzione intellettuale in Europa.*

Questi fermenti portarono in modo convincente a dimostrare che un *test* per accertare con sicurezza ciò che è giuridico non esiste

(19) G. CAPOGRASSI, *Il Problema fondamentale* (1949), ora in Id., *Opere*, V, Milano, 1959, p. 30.

(20) Cfr. GROSSI, *La cultura del civilista italiano*, cit., p. 127 e ss. ove si ricorda l'inaugurazione nel 1948 del foglio programmatico dell'Unione giuristi cattolici *Justitia* e il dibattito sul 'problema fondamentale', la crisi del positivismo giuridico.

(21) F. SANTORO PASSARELLI, *Un problema fondamentale* (1948), ora in *Diritto naturale vigente*, Roma, 1951.

in sistemi complessi e che non si può tracciare una distinzione definitiva tra criteri giuridici e criteri morali specie nelle Costituzioni della seconda metà del Novecento intrise di principi, fonti di diritti e doveri (22).

Ciò apre una serie di interrogativi non facili ma indica una direzione precisa. Il positivismo che esige conformità a regole date non riesce a convincere perché si ferma prima dei casi difficili (e delle scelte tragiche) che hanno bisogno di un modello più realistico di soluzione in una società complessa.

Lo scenario culturale muta infatti sul finire degli anni sessanta.

L'indifferenza contenutistica della norma non appaga (23). Emerge un desiderio di una visione più realistica e umana del diritto. Si va alla ricerca di un parametro esterno alla norma che appare più convincente per individuare l'effettività del diritto e la sua corrispondenza con i bisogni e le esigenze vitali di una società in cammino. Ci si volge a studiare l'esperienza pratica, i bisogni nuovi la legalità espressa dalla Carta Costituzionale.

Muta la prospettiva di analisi. Si avverte che una visione esclusivamente strutturale delle parti di un oggetto (norma, poteri, conseguenze) finisce per occultare la dimensione funzionale che lo distingue con chiarezza dagli altri (24). Centrale diviene l'attenzione non più alla fattispecie astratta ipotizzata dalla norma ma al procedimento, alla causa in concreto, alla funzione individuale dell'atto di autonomia (25).

Temì tutti al centro degli studi della scienza giuridica nel corso degli anni settanta (26).

(22) R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 2010, in particolare, p. 417 e ss. (*Una risposta ai miei critici*); ID., *La giustizia in toga*, Roma-Bari, 2010, in particolare *Trenta anni dopo*, p. 204.

(23) Sui fertili anni sessanta si cfr. GROSSI, *La cultura del civilista italiano*, cit. p. 145 e ss.

(24) N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, con prefazione di M.G. Losano, Roma-Bari, 2007.

(25) V. sul punto G. VETTORI, *La giurisprudenza fonte del diritto privato?*, in « Riv. trim. dir. proc. civ. », 2017, p. 869 e ss.; ID., *Norme, dogmatica e sentenze: quid iuris?*, in « Persona e Mercato », 2017, 2, p. 73 e ss.

(26) V. sul punto, *Gli anni settanta del diritto privato*, a cura di L. Nivarra, Milano, 2008, p. VII ss., e F. MACARIO e M. LOBUONO, *Il diritto civile nel pensiero dei*

Che cosa accade dopo è noto. Emergono due fenomeni che lambiscono il presente. La presa d'atto definitiva del ruolo della Costituzione e il ruolo crescente del diritto europeo. Individuate nella Carta norme senza fattispecie direttamente applicabili è emerso con chiarezza che il diritto ha forza oltre la legge e che il potere del giudice non è un'anomalia ma una forma della democrazia costituzionale (27).

Certo è un problema fissare questa legittimazione democratica e sorge il dubbio che l'ampliamento dei poteri delle Corti finisca per sminuire i diritti politici se il legislatore non è più il solo produttore delle regole. Ma la verità, ci dicono gli storici e i costituzionalisti, è un'altra. La verità è che è avvenuta una trasformazione della forma democratica. Il modello che proveniva dalla Rivoluzione francese è chiaro. La legge è lo strumento primario per assicurare gli obiettivi della rivoluzione e l'eguaglianza. La Politica diffida dell'interprete e di un potere applicativo, caso per caso, che può far rivivere il passato e con esso i privilegi abrogati. Da qui un programma netto. I principi alla Politica, la legge al legislatore nessun potere all'interprete.

Questo modello incide nelle Carte dell'Ottocento che si concentrano sull'organizzazione dello Stato e trascurano i diritti. Le Costituzioni del Novecento producono invece una trasformazione radicale. Il maggiore potere affidato ai giudici non è una rivincita del popolo sovrano nei confronti del legislatore ma è casomai una rivincita della natura pratica del diritto determinata da un'esigenza concreta.

Si prende consapevolezza che la tradizione continentale di separare la proclamazione dei diritti dalla loro effettiva protezione trascura un dato sempre più evidente. Per il cittadino sono essenziali le tutele, il diritto applicato mentre le declamazioni sono spesso risorse argomentative che non debbono essere sopravvalutate.

Il che non significa escludere la funzione insostituibile del

giuristi. Un itinerario storico e metodologico per l'insegnamento, Padova, 2010, p. XI ss. e la Pos-fazione di P. GROSSI, *Il diritto civile alle soglie del terzo millennio. Una pos-fazione*, p. 405 e ss.

(27) Cfr. *Il valore della costituzione. L'esperienza della democrazia repubblicana*, a cura di M. Fioravanti, Roma-Bari, 2009, e in particolare ID., *Per una storia della legge fondamentale in Italia: dallo Statuto alla costituzione*, ivi, p. 3 e ss.

legislatore ma implica solo di riconoscere che si ha diritto anche quando il giudice fonda la sua interpretazione su un principio. Né si può dire chi tra legge e giudice abbia l'ultima parola perché non esistono monopoli ma tutti i poteri debbono stare nei limiti della Carta fondamentale ⁽²⁸⁾. Questa trasformazione culturale è un dato di fatto ma è positiva se si basa su un dialogo fra le Corti e la scienza giuridica capace di formulare orientamenti e decisioni certe, efficaci e ragionevoli. Su questo si basa la tradizione millenaria della *Common Law*. Su una teoria della prassi che sappia isolare ciò che è durevole e va stabilizzato da ciò che è caduco e deve essere abbandonato senza costituire precedente.

3. *Costituzione e diritto privato: le intuizioni di Stefano Rodotà.*

Tutto ciò interessa da vicino il diritto privato. Sin dagli anni sessanta si sono sottolineati i meriti di una teoria del contratto e della responsabilità civile « definitivamente mutata » e di una « innovazione metodologia » ⁽²⁹⁾. Meriti delle intuizioni della dottrina maturata in quei anni fertili ⁽³⁰⁾, ma sicuramente riferibili ad alcuni protagonisti indiscussi di quella stagione ⁽³¹⁾.

Stefano Rodotà è stato protagonista della vita culturale e politica del nostro Paese e uno straordinario scienziato sociale capace di prefigurare un ordine efficiente per la convivenza civile in

⁽²⁸⁾ Sul punto v. ora M. FIORAVANTI, *La Costituzione democratica. Modelli e itinerari del diritto pubblico del ventesimo secolo*, Milano, 2018, in particolare p. 455 e ss.

⁽²⁹⁾ C. CAMARDI, *Relazione di sintesi*, in *Gli anni settanta del diritto privato*, cit., p. 474.

⁽³⁰⁾ GROSSI, *La cultura del civilista italiano*, cit., p. 145 e M. GIORGIANNI, *Il diritto privato e i suoi attuali confini*, in « Riv. Trim. dir. proc. civ. », 1961, p. 391 e ss.

⁽³¹⁾ Non si può non ricordare il ruolo essenziale nella riflessione di quegli anni delle opere di S. Rodotà (*Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964; *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano 1969) e di P. Barcellona (*Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico*, Milano, 1962; *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969; *Diritto privato e processo economico*, Napoli, 1973). V. anche A. CATAUDELLA, *Fattispecie*, voce dell'*Enciclopedia del diritto*, vol. XVI, Milano, 1967, p. 932; G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, p. 355; L. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in « Jus », 1996, p. 3 e ss.; M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1970; N. LIPARI, *Diritto privato. Una ricerca per l'insegnamento*, Roma-Bari, 1974.

Italia e in Europa, a cavallo di due secoli. Vorrei ricordare tre aspetti del suo pensiero: la radicalità, una forte carica libertaria e un senso profondo di equilibrio e di misura. Vediamoli da vicino.

Radicalità contro la pigrizia intellettuale e la moderazione di fronte alle diseguaglianze e alle violazioni, sempre nuove, dei diritti fondamentali. Frutto di un grande coraggio intellettuale. La proprietà è il grande tema sino dai primi anni sessanta ⁽³²⁾, quando si analizza la funzione sociale di un istituto che ha da essere non individualistico, ma volto al bisogno collettivo tramite la privazione di determinate facoltà del proprietario. La logica, allora dominante, è rivista alla radice proprio nel fissare la funzione sociale nel contenuto intrinseco della proprietà che porta alla critica dei criteri di indennizzo e nelle ultime opere ⁽³³⁾ alla riflessione, ultima, su di una nuova tassonomia dei beni e sul un ruolo della comunità nel rapporto di appartenenza.

Ma già nella prolusione di Macerata del 1968 Rodotà parla delle libertà civili e del principio democratico come situazioni « alle quali nulla la storia può aggiungere e molto può levare », sottolineando con forza la necessità di cristallizzarle in forme giuridiche rigide e inderogabili. Compito che dovrà poi affrontare in prima persona come membro della Convenzione che ha redatto la Carta di Nizza e come Garante della privacy nel proteggere la persona contro i nuovi poteri forti della rete.

Tutto ciò con una grande spinta libertaria attenta al problema fondamentale della lotta alle diseguaglianze basata su precise consapevolezze.

Da un lato il passaggio dal soggetto alla Persona ⁽³⁴⁾ e la

⁽³²⁾ S. RODOTÀ, *Note critiche in tema di proprietà*, in « Riv. trim. dir. proc. civ. », 1960, pp. 1252-1341.

⁽³³⁾ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, p. 105 e ss.

⁽³⁴⁾ S. RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona*, Napoli, 2007, p. 10 e ss. L'itinerario dalla modernità alla contemporaneità è scandito dal passaggio dal soggetto alla persona secondo un *iter* preciso: « l'invenzione del soggetto di diritto, rimane uno dei grandi esiti della modernità, di cui vanno meglio compresi i caratteri e la funzione storica ». La soggettività non è stata solo uno strumento in mano ai più forti appagati di un'eguaglianza formale (Y. THOMAS, *Le sujet de droit, la personne et la nature. Sur la critique contemporaine du sujet de droit*, in « Le débat », 100 (1998), p. 85 e ss. e G. OPPO, *Declino del soggetto e ascesa della persona*, in « Riv. dir. civ. », 2000, I, p. 829) né una

conquista della autodeterminazione fissata dalle Carte e dalle Corti ⁽³⁵⁾ e da rivendicare in ogni settore. Dall'altro la consapevolezza che i diritti mettono sempre in discussione gli assetti costituiti secondo storie diverse, senza che sia utile una loro simmetria con i doveri che giustifica spesso operazioni di riduzione della tutela specie dei diritti sociali. Infine, l'idea che i diritti fondamentali non siano condizionati all'esistenza di risorse disponibili perché è vero il contrario. Quei diritti devono essere garantiti con prevalenza su altre esigenze di spesa tramite una lotta ove ancora la proprietà è il campo di battaglia per la tutela del corpo, della vita, dei beni comuni.

L'asse portante di questa straordinaria attività ha un metodo e uno strumento preciso. L'equilibrio e la misura manifestate in modo diverso.

Con il rifiuto dell'idea errata di affidare la garanzia dei diritti solo ai giudici e con il contrasto di visioni catastrofiche sulla fine di un'età dei diritti. Rodotà vede il presente come un grande laboratorio ove si sperimenta una sempre nuova età dei diritti, adeguata ai tempi, Senza ritorni al passato e con grande attenzione a ciò che scorre davanti a noi. Dalla crisi della rappresentanza politica alla scomparsa dei grandi soggetti storici, sino al trionfo del neoliberalismo colpevole di molti mali del presente. Un laboratorio che ha necessità di eguaglianza formale e sostanziale nel realizzare quel diritto ad un'esistenza libera e dignitosa (art. 36 Cost.) come base prioritaria per garantire, a tutti, diritti effettivi.

Per realizzare tutto ciò legge e giurisdizione sono strumenti paralleli di concretizzazione dei diritti espressi da due fatti epocali. Il trono del legislatore non esiste più e non può essere restituito al signore di un tempo. Il governo della società e la stessa garanzia dei diritti sono divenuti complessi, sicché la legge e i giudici debbono procedere assieme nell'attuazione e piena realizzazione dei diritti. Spetta alla giurisprudenza potenziare la funzione ermeneutica, eli-

costruzione che ha incarnato solo « le pulsioni d'un desiderio illimitato dell'individuo ». Il concetto ha reso possibile una rivoluzione egualitaria liberando formalmente la persona « dalle servitù del ceto, del mestiere, della condizione economica del sesso, che fondavano la società della gerarchia e della disuguaglianza » (RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona*, cit., p. 12 e ss.).

⁽³⁵⁾ Si cfr. in particolare la sentenza della Corte costituzionale n. 438 del 2010.

minare le restrizioni formali nella protezione dei diritti, individuare i rimedi più adeguati alle lesioni e tutele effettive. Ma resta un compito essenziale alla legge e alla politica per un motivo chiarissimo: « i diritti diventano deboli se la Politica li abbandona ma la Politica perde se stessa se, in tempi difficili, non si fa Politica di tutti i diritti »⁽³⁶⁾.

Sugli ultimi decenni del secolo ho già avuto modo di soffermarmi⁽³⁷⁾, ma che cosa sta succedendo oggi?

4. *Dalla post-modernità al presente.*

Dopo la crisi epocale dei primi anni del secolo è evidente a molti il tramonto della post-modernità che emerge da una pluralità di visioni⁽³⁸⁾. Le forme della democrazia politica oscillano in un equilibrio instabile fra rappresentanza e partecipazione, fra egemonie individuali e dominio dei *social* e della rete. Un fenomeno discusso che ha radici profonde non solo in Italia⁽³⁹⁾.

Il diritto dei privati è sempre più spesso scritto e riscritto da soggetti diversi. Leggi, giudici, Authority, dottrina, poteri privati⁽⁴⁰⁾. Con un timore. L'erosione della prevedibilità e calcolabilità del diritto. E un tentativo. La ricerca di nuove figure di certezza⁽⁴¹⁾ che non possono appartenere alla cultura che ha generato la crisi del presente. Un percorso in atto scandito da pensieri di diversa forza⁽⁴²⁾.

Annovero fra i pensieri non condivisibili le osservazioni auto-

⁽³⁶⁾ RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 104.

⁽³⁷⁾ G. VETTORI, *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Milano, 2009, p. 3 e ss.

⁽³⁸⁾ Vedi ora, R. MORDACCI, *La condizione neomoderna*, Torino, 2017, p. 26 e ss.

⁽³⁹⁾ Si veda ora S. CASSESE, *La svolta. Dialoghi sulla Politica che cambia*, Bologna, 2018 e Y. MÉNY, *Popolo ma non troppo*, Bologna, 2019, p. 19 e ss.

⁽⁴⁰⁾ G. BENEDETTI, *Oggettività esistenziale dell'interpretazione. Studi di ermeneutica e diritto*, Torino, 2014, p. 85 e ss. e la Prefazione di A. Punzi, p. XV e ss.

⁽⁴¹⁾ V. G. BENEDETTI, *La fattispecie e altre forme di certezza*, in « Persona e Mercato », 2015, p. 67 e ss., ora C. CAMARDI, *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, Torino, 2017, p. 87 e ss.

⁽⁴²⁾ N. IRTI, *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, in *Calcolabilità giuridica*, a cura di A. Carleo, Bologna, 2017, p. 17 e ss.; Id., *Sulla relazione logica di conformità*

revoli catastrofiche sulla fine di ogni certezza e sul trionfo di un soggettivismo intollerabile. Tutte basate sulla demonizzazione del concetto di postmoderno e di effettività basati su di una pluralità di motivi. La prima parola evocherebbe una nuova narrazione ideologica, frutto di progetto politico che scambia l'essere con il dovere essere. Non solo. Tramite di essa si cristallizzerebbe il caos in un ordine fondato sulla autonomia dei privati e la creatività dei giudici. Tutto grazie al diffondersi del principio di effettività visto come un grimaldello di un « diritto di matrice pretoria »⁽⁴³⁾.

Il progetto alternativo appare chiaro solo nella individuazione dei presunti colpevoli.

I giudici che attuano principi. Quella parte della dottrina che non ha compreso le nefandezze di un post-moderno che osa scagliarsi « contro il modernismo ». Il quale ha sì « occultato il soggetto reale attraverso il soggetto formale », ma avrebbe risolto « problemi giuridici all'interno di un insieme ideale di soluzioni universali », sostituite ora da un diritto indeterminato e caotico. La proposta è netta.

Fra la « festosa irresponsabilità epistemologica » e il « vetero-positivismo dogmatico » ci sarebbe una terza via. Il ritorno allo Stato senza il quale vi sarebbero « tensioni fortissime » e « squassamenti » epocali⁽⁴⁴⁾.

Ma quale Stato si evoca. Lo Stato, liberale, marxista, lo stato sociale costituzionale, o qualcosa d'altro ancora? Quale idea si propone contro la « liquidità del presente », « l'eclisse della civiltà », o più realisticamente il disagio che tutti avvertiamo in un periodo molto delicato della nostra storia. Della storia di tutti e non di una parte.

Non basta un richiamo allo Stato per risolvere i problemi della complessità in cui siamo immersi.

Non si può evocare lo Stato come unica fonte del diritto. Occorre almeno distinguere fra uno Stato democratico, dotato di

(precedente e susseguente), in *Il vincolo giudiziale del passato. I precedenti*, a cura di A. Carleo, Bologna, 2018, p. 17 e ss.

⁽⁴³⁾ S. MAZZAMUTO, *Il diritto post-moderno: un concetto inutile o addirittura dannoso?*, in « Eur. dir. priv. », 2018, 3, p. 845 e ss.

⁽⁴⁴⁾ Ivi, p. 845.

istituzioni rappresentative e poteri indipendenti, e uno Stato monopolista della forza e del potere in virtù di una sovranità popolare illimitata e da un potere politico senza pesi e contrappesi. Insomma, il diritto è ricerca di un ordine, certo, ma soprattutto di equilibrio fra i poteri che lo garantiscono e di regole adeguate in ogni tempo e in ogni luogo.

D'altra parte, non si comprende come si reputi di estendere la dimensione dell'effettività ad ogni dovere o interesse rilevante giuridicamente, e dall'altro come si denunci con forza la spinta eversiva del principio ⁽⁴⁵⁾, sottolineando ora l'utilità di una giusta tutela ora la *overprotection* dei diritti, frutto della discrezionalità e creatività dei giudici ⁽⁴⁶⁾.

In verità l'apparente contraddizione svanisce quando si afferma autorevolmente un uso riduttivo dei principi, in base ad una posizione rigorosamente positivista. In tale visione i principi debbono servire solo a guidare « la scelta di attribuzione di significato delle norme di legge e di regolamento », mentre la centralità del potere giudiziario esprime una scelta ideologica che nega la funzione primaria del legislatore, mette in pericolo « la democrazia liberale e il suo funzionamento », favorendo inconsapevolmente argomentazioni populiste, con una linea di pensiero debole che favorirebbe « dittature elettorali » ⁽⁴⁷⁾.

Insomma, il ruolo della giurisprudenza si legittimerebbe solo nel quadro di « una democrazia liberale » che riconosca l'essenziale importanza e priorità di una funzione legislativa e non l'uso dei principi che dovrebbero essere concepiti, invece, come guida alle leggi in una visione « normativistica tradizionale ». Di più. La prospettiva rimediabile dell'effettività guarderebbe solo alle situazioni conflittuali « dimenticandosi dell'effettività complessiva dell'ordinamento », in una visione distorta che porta a perdere una dimensione istituzionale per un'esaltazione del diritto spontaneo privo di dimensione sistematica ⁽⁴⁸⁾.

⁽⁴⁵⁾ M. LIBERTINI, *Le nuove declinazioni del principio di effettività*, in « Eur. dir. priv. », 2018, 4, p. 1079 e ss.

⁽⁴⁶⁾ Ivi, p. 1088.

⁽⁴⁷⁾ Ivi, p. 1090 e ss.

⁽⁴⁸⁾ Ivi, pp. 1094-95.

La mia distanza da queste affermazioni è netta e riassumibile in poche parole già dette altrove ⁽⁴⁹⁾.

La democrazia è un limite al potere, ad ogni potere.

Trovo paradossale che in un'epoca di attacco ai presupposti dello Stato costituzionale, all'espansione del sovranismo e alla forza illimitata della sovranità popolare manifestata oramai, in tutto il mondo, da una minoranza inferiore ad un quarto della popolazione ⁽⁵⁰⁾, si esalti il ruolo della legge come unica fonte di giuridicità e si veda il nemico nei poteri di controllo a cui la costituzione garantisce la piena indipendenza (art. 101 Cost.) e libertà (art. 33 Cost.).

Trovo difficile da comprendere come si demonizzi il ruolo centrale dell'applicazione della regola che una parte consistente della cultura giuridica considera essenziale in un'epoca complessa e inedita ⁽⁵¹⁾.

Trovo poco produttivo insistere su una priorità della legge o dei giudici in presenza di una fase storica che non ha necessità di « visioni univoche e parziali » ma di una razionalità « dinamica e aperta » ⁽⁵²⁾, capace di ordinare il presente e di porsi in sintonia con

⁽⁴⁹⁾ VETTORI, *La giurisprudenza fonte del diritto privato?*, cit., p. 888 e ss.; ID., *Norme, dogmatica e sentenze: quid iuris?*, cit.; ID., *L'attuazione del principio di effettività. Chi e come*, in « Riv. trim. dir. proc. civ. », 2018, 3, p. 939 e ss., in particolare pp. 944-950.

⁽⁵⁰⁾ Sabino Cassese (*La democrazia e i suoi limiti*, Milano, 2017) ricorda il referendum costituzionale italiano del dicembre 2016, la vittoria elettorale di Trump, la votazione sulla Brexit che incide sul ruolo dell'Europa e le rigide limitazioni al potere delle opposizioni voluto da Erdogan nel 2014, rilevante « per l'Europa e per l'equilibrio politico di questa parte del mondo ». Si cfr. ora anche ID., *La svolta*, cit., p. 47 e ss.

⁽⁵¹⁾ V. per tutti F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 1999, in part. p. 156 e ss. Ma v. ora BENEDETTI, *Oggettività esistenziale dell'interpretazione*, cit., in particolare la *Premessa* da cui si trae che il diritto è una *scienza essenzialmente ermeneutica*, la quale esige di porre in primo piano *l'oggettività colorata costitutivamente d'esistenza*.

⁽⁵²⁾ E. NAVARRETTA, *Costituzione europea e diritto privato. Effettività e "Drittwirkung" ripensando la complessità giuridica*, Torino, 2017, p. XIII e ss., p. 211 e ss.; *Drittwirkung: principi costituzionali e rapporti privati. Un percorso nella dottrina tedesca*, a cura di P. Femia, Napoli, 2018, in particolare P. FEMIA, *Drittwirkung, una dogmatica di transazione*, p. VII e ss.

il proprio tempo, con un'analisi attenta dei benefici e dei limiti dell'attività delle Corti in Italia e in Europa ⁽⁵³⁾.

5. *Le immagini della giustizia e uno sguardo al futuro. Ancora un inizio.*

Le immagini, ancora una volta, scandiscono con forza la percezione diversa di un equilibrio fra Legge e Giustizia nella storia e nelle tradizioni dei popoli.

In un bel libro di Adriano Prospero ⁽⁵⁴⁾ si racconta e si illustra come tale divinità sia ritratta, a volte con un'immagine femminile con in mano una spada e una bilancia, altre volte con una benda. L'immagine « riassume e fissa un profilo ideale di ciò che ci si attende, che si desidera o che si teme ».

Quale è il significato di questi diversi attributi? Quale immagine vogliamo ipotizzare per una nuova giuridicità in Italia?

« Una donna bellissima con gli occhi bendati che non guarda in faccia a nessuno » responsabile di vicende giudiziarie inquietanti « che ha accompagnato nei secoli il simbolo di quella benda sugli occhi » ⁽⁵⁵⁾. Oppure una « giustizia con la bilancia e con la spada » che si contrappone come un messaggio alternativo alla « giustizia cieca ». Un « potere di giudicare e di punire esercitato a viso aperto » o « un preconcetto accecante » che spesso rasenta l'abuso e l'illecito ⁽⁵⁶⁾.

Alcuni esempi scelti a caso da Prospero spaziano in lungo e in largo.

⁽⁵³⁾ S. PAGLIANTINI, *L'armonizzazione minima tra regole e principi (studio preliminare sul diritto contrattuale derivato)*; ID., *Armonizzazione ed il canone della "maggior tutela" per il consumatore: spigolature critiche (e chiarimenti) sulla cumulabilità elettiva dei rimedi*; ID., *Tra diritto delle Corti e teoria dei controlimiti: il recesso del viaggiatore dal contratto di pacchetto turistico ai sensi dell'art. 12 dir. 2015/2302 UE*, in G. D'AMICO, S. PAGLIANTINI, *L'armonizzazione degli ordinamenti dell'Unione europea tra regole e principi. Studi*, Torino, 2018, p. 35 e ss.; 117 e ss.; 147 ss.

⁽⁵⁴⁾ A. PROSPERO, *Giustizia bendata. Percorsi storici di un'immagine*, Torino, 2008, p. 3 e ss.

⁽⁵⁵⁾ E. LEE MASTER, *Antologia di Spoon River*, a cura di F. Pivano, Torino, 1993, p. 253.

⁽⁵⁶⁾ PROSPERO, *Giustizia bendata*, cit., pp. XVII-XIX.

Il dialogo alla fine del Quattrocento fra l'umanista mantovano Battista Fiera e Andrea Mantegna sui modi di rappresentare la Giustizia (che sfociò in un libro *De iustitia pingenda* pubblicato nel 1515) rappresenta la Giustizia con la spada e la bilancia.

Le parole iniziali del processo di Kafka: « *qualcuno doveva aver calunniato Josef K. perché senza che avesse fatto nulla di male, una bella mattina lo arrestarono* ». Parole che evocano ciò che stava per accadere nel mondo e che accadde in Italia con le leggi razziali e in Europa con la nascita dei campi di sterminio. Frutto di un Potere unico, senza controlli, che non guardava in faccia a nessuno.

La teoria della giustizia di Rawls, un mito del Novecento, che parla di un velo di ignoranza « cioè esattamente la versione concettuale del simbolo della benda sugli occhi ».

Infine, una realtà « dominata dallo sguardo impersonale, diffuso e inesorabile di una tecnologia a cui nulla sfugge e che tutto rende visibile » (57).

Ebbene quale posto può esservi ancora per « un'immagine simbolica che esibisce una benda sugli occhi come un valore? »

Le potenzialità e i rischi della contemporaneità sono sottolineati da tutti con sensibilità diverse, ma sono due i temi più avvertiti. La sfida delle nuove tecnologie e la lotta per i diritti contro nuove disuguaglianze e povertà.

Le Autorità di regolazione dei mercati, nelle loro recenti relazioni, pongono in luce un'attività coordinata verso uno scopo comune. Il contrasto alle disuguaglianze create dalle rendite di posizione moltiplicate da tre grandi fattori. La crisi economica finanziaria, la quarta rivoluzione industriale delle tecnologie digitali, l'innovazione determinata dalla *digital economy* (58).

Tutto ciò ha rotto « l'equilibrio costituzionale costruito a partire dal secondo dopoguerra grazie all'interazione tra ordine internazionale, integrazione europea e costituzioni nazionali, tra democrazia, mercato e coesione sociale ». Con il ritorno ad una

(57) *Ibidem.*

(58) G. PITRUZZELLA, *Relazione annuale del Presidente dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Roma, 12 luglio 2018.

prioritaria « domanda di sicurezza che sta alla base del contratto sociale » (59).

Da qui il rilievo crescente di una definizione di principi per una democrazia digitale che rafforzi la tutela dei diritti di cittadinanza contro discriminazioni di ogni genere verso un ordine « plurale trasparente e verificabile nelle sue fonti, autorevole e credibile quanto ai suoi contenuti » (60).

La Carta ONU sin dal 1948 si era preoccupata di affermare (nell'art. 8) che ogni diritto deve essere munito di effettività tramite una tutela sostanziale e questo monito è stato ripreso da tutte le Carte fondamentali del novecento. Nella Convenzione europea dei diritti fondamentali (CEDU) del 1950, l'art. 13 riprende quel principio. La Carta dei diritti fondamentali del 2000, resa pienamente efficace dal Trattato di Lisbona del 2009, ripete questa esigenza di effettività nell'art. 47. Non solo.

La nostra Corte costituzionale ha tratto dagli articoli 2 e 24 della Carta fondamentale la piena effettività dei diritti riconosciuti dalla legge ed ha disapplicato una norma consuetudinaria internazionale che attribuiva agli Stati un'immunità per i crimini di guerra, riconoscendo, così, un risarcimento ad un internato nei lager nazisti.

Le Corti europee di Lussemburgo e di Strasburgo hanno assicurato tale effettività ai diritti fondamentali riconosciuti dalle Carte e la giurisprudenza in Europa ha svolto una funzione altrettanto efficace per la tutela sostanziale di ogni diritto (61).

Dunque, la pretesa ad una tutela effettiva ha trovato nei giudici e nelle sentenze strumenti di tutela sostanziale, ma quella pretesa ha anche altri destinatari chiamati a far coincidere la forma con la sostanza.

Il legislatore (art. 1 e 117 Cost.) e una Scienza libera (art. 33 Cost.). Poteri e Istituzioni tutti chiamati al rispetto di norme costituzionali interne e sovranazionali. Basta qui qualche cenno. Il potere

(59) A.M. CARDANI, *Relazione annuale del Presidente dell'Autorità Garante per le telecomunicazioni*, Roma, 2018, p. 23.

(60) Cfr. *ivi*, pp. 26-27 e il richiamo alle sentenze della Corte costituzionale nn. 202 del 1976; 148 del 1981; 153 del 1987; 826 del 1988 e 112 del 1993.

(61) Mi permetto il richiamo a G. VETTORI, *Effettività delle tutele*, in *Enciclopedia del diritto*, *Annali*, X, Milano, 2017, p. 381 e ss.

legislativo senza una cornice di regole costituzionali scivola nell'arbitrio. Di più. Rischia di far coincidere legalità e legittimità appiattendolo l'una qualità sull'altra sino a divenire forza senza legittimità. Questo può accadere in un'azione politica che si reputi svincolata dalle forme e soggetta solo al popolo. Spetta a tutti esigere il rispetto delle garanzie fondamentali e la scienza giuridica ha il compito preciso di far valere la sua voce nel modo più forte ed efficace.

La cultura e una società civile vigile deve sollecitare una mobilitazione capace di fissare le priorità di un processo democratico, tramite appunto la pretesa all'effettività. La quale indirizza verso tutele adeguate ad un ordine fondato su norme e principi, pensati come un antidoto all'astrattezza e capaci di arricchire gli obblighi positivi degli Stati e favorire l'attuazione e l'evoluzione delle forme, come mostra con chiarezza la giurisprudenza europea ⁽⁶²⁾.

Le sfide attuali sono chiare.

Una democrazia che si preoccupi ancora dei limiti al potere. La priorità per i diritti fondamentali nell'uso delle risorse disponibili ⁽⁶³⁾, l'effettività della garanzia ad una vita libera e dignitosa (art. 36 Cost.) bilanciando il diritto e il dovere al lavoro ⁽⁶⁴⁾, i limiti ad una circolazione incontrollata delle informazioni, il problema « della interdipendenza tra gli stati, nonché fra questi e i vari poteri che si sono affermati » ⁽⁶⁵⁾ in Europa e nel mondo.

Queste sfide esigono un nuovo inizio.

Come si è esattamente ricordato, l'eredità del '68 non si trova nelle proposte di allora, ma nella ripresa di « *quel grido profetico al di là di quel che allora si percepiva: questo non è che l'inizio* » ⁽⁶⁶⁾.

⁽⁶²⁾ Ivi, p. 387 e ss.

⁽⁶³⁾ Corte cost. 16 dicembre 2016. Cfr. G. VETTORI, *Il diritto ad un rimedio effettivo nel diritto privato europeo*, in « Riv. dir. civ. », 2017, p. 669. Nella sentenza, in tema del diritto allo studio dei soggetti disabili, si legge: « è la garanzia dei diritti insopprimibili ad incidere sul bilancio e non l'equilibrio di questo a condizionare la doverosa erogazione ».

⁽⁶⁴⁾ Th. CASADEI, *Oltre lo Stato sociale? Il dibattito di lunga durata sul "reddito di cittadinanza"*, in « Quaderni fiorentini », 46 (2017), p. 141 e ss.

⁽⁶⁵⁾ CASSESE, *La democrazia e i suoi limiti*, cit., p. 108.

⁽⁶⁶⁾ P. POMBENI, *Che cosa resta del '68*, Bologna, 2018, p. 117 e ss.

ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ

ABSOLUTISMO JURÍDICO
(UNO SGUARDO SPAGNOLO, VENT'ANNI DOPO)

1. Tuvimos la señalada ocasión y el honor, hace algo más de veinte años, de oír las tesis de Paolo Grossi con su propia voz en dos seminarios organizados por los Departamentos de Derecho Civil de las dos Universidades sevillanas. El historiador florentino quiso redactar sus esquemas de aquellos días elevándolos a prontuario o breviario de su pensamiento sobre el absolutismo jurídico, prontuario que llama *Ancora sull'assolutismo giuridico*, haciéndolo preceder a la colección de todos (o casi) sus esfuerzos dedicados al tema ⁽¹⁾. Esta traza sintética (que también fue ofrecida a los estudiantes de la Universidad católica de Milano) no solo quiere el esclarecimiento liminar del problema afrontado en el volumen colectáneo, y permitir una más adecuada comprensión de los singulares ensayos en él recogidos, sino que busca un público distinto, « un poco más vasto de los veinticinco historiadores del Derecho bien conscientes e informados », en las mismas palabras de Grossi. Hay, pues, toda una invitación a los juristas no historiadores, y, se entiende, en especial a los civilistas, para reflexionar sobre el asunto.

2. Parece obligado que, aunque ya hayan transcurrido años ya largos de aquellas inolvidables sesiones (tan ricas en fermentos intelectuales), y quizá precisamente por ello, dicha invitación o llamada en causa tenga hoy una respuesta, aunque ahora es sólo la mía, que, obvio es decirlo, hablo por cuenta exclusivamente propia: son algunas consideraciones que cabe llamar extravagantes, en el más prístino sentido de la palabra. Añado, que aunque habré de

(1) *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, 1998.

referirme a alguno de los ensayos de Grossi, dedicados a peculiares figuras de juristas (en el propio decir también de Grossi), me centraré en aquella traza sintética, que, a la postre, es para mí ⁽²⁾ el decantado sumo de una tesis, formada y demostrada en largos años de fatiga científica.

3. La lección de Grossi parte de una premisa genialmente formulada: el historiador del Derecho goza de una especial libertad en su mirada, porque, si lo es verdaderamente, tiene el privilegio de reunir en sí mismo al historiador y al jurista, y por ello se convierte en un personaje de extraordinaria riqueza y extraordinaria libertad respecto al cultivador del Derecho positivo. Riqueza de manejarse con desenvoltura con la vida y con la muerte, riqueza que se apropia de la vida en su entero desarrollo, de la muerte no como un vacío no colmado, sino como nexo vital, riqueza que se apropia de la totalidad de la experiencia, enteramente realizada, y por consiguiente la que une en un hilo los singulares y periclitados avatares individuales. Dirá en otro lugar ⁽³⁾ que le ha sido concedido trazar la línea que une las singulares y cerradas en el tiempo experiencias del jurista positivo, que son como puntos de aquella, encontrando « en los cuerpos muertos los principios perennes de la vida ». Riqueza que redundaba en libertad, en cuanto está absuelto de los pesados vínculos de lo vigente; riqueza que redundaba en una singular pobreza, como aquella del monje, no sujeto por los groseros lazos de la vida cotidiana, y que, libre de un paisaje tangible, puede proyectarse en plenitud espiritual. Y de aquí su esencial tarea: ser el titular del papel de conciencia crítica del cultivador del Derecho positivo, y desempeñar la incómoda función de poner en crisis sus no discutidas certidumbres, sacudiendo sus inmóviles firmezas, y desordenando el paisaje perfecto en el cual se complace en colocarse.

⁽²⁾ Y no solo para mí, como es el caso de B. Clavero, tal cual afirma en su artículo *La paix et la loi*, en « Anuario de Historia del Derecho Español », 1999, pp. 603-645, el ensayo central es precisamente, *Epicedio per l'assolutismo giuridico (dietro gli 'Atti' di un convento milanese, e alla ricerca di segni)*, que se remonta al ya lejano 1988, « Quaderni fiorentini », 17, pp. 517-532.

⁽³⁾ *El punto y la línea (Historia del Derecho y Derecho Positivo en la formación del jurista de nuestro tiempo)*, en *Derecho, Sociedad, Estado*, Morelia, s.d. (pero 2005), pp. 77-99.

4. Estupenda página que encierra algún *monitum* también para el desempeño del oficio de historiador del Derecho, ciertamente no para el suyo. Señalaré dos. Uno, el aviso de que la conciencia crítica del historiador del Derecho solo puede hacerse desde la construcción de la línea, y eso, al cabo, no es más que situarse ante el suceder en el tiempo de fracturas, de rupturas de un presente con su anterior pasado, en la perspectiva de la continuidad, y no en la pura Arqueología jurídica, extraña al historiador del Derecho; y otro, ligado con el anterior, tener diligente presencia de la idea de que en el dibujo de la línea hace falta conocer los puntos, y muy especialmente el del jurista positivo que le es coetáneo, porque este, lo ignore o lo sepa, actúe en consecuencia o no lo haga, es fruto de ese fluir histórico que sólo desde la riqueza y la libertad, y si se quiere, la pobreza, puede el historiador del Derecho explicar, en su particular cura de almas.

5. En este momento, me permitiría hacer una consideración sobre el jurista positivo, sobre su oficio, convencido como estoy de que la ciencia del Derecho (evitemos cualquier querrela sobre lo que ciencia sea), es ante todo, una ciencia histórica. Sin la historia el jurista positivo desempeña el ciego papel de ejecutor de órdenes de las que desconoce su última razón, porque esta siempre se sitúa en la historia misma. Más, y tal vez precisamente por ello, por conocedor de su ceguera, por necesitado del lazarillo historiador, es consciente de que no puede contar la historia, pero que está condenado a hacerla; y sabe que es esta singular condena, porque es súbdito no solo de las leyes, diríamos, sino súbdito de su tiempo, o dicho de otra manera, del orden jurídico que le ha tocado vivir; y si es jurista positivo de verdad, es conocedor de lo efímero de todo *ius positum*, y conoce el peligro de estar trazando continuamente surcos sobre el agua o construyendo casas de arena.

Pretendo decir que si el jurista positivo es tal, si es verdadero jurista es por saberse historia, por hacer la historia, por ser un punto de la historia; y precisamente por ello, aún necesita más aquella límpida mirada del historiador, porque sabe bien que sus certidumbres no discutidas lo son porque nadie las discute, porque sus firmezas se tambalean, porque se coloca en un paisaje perfecto, y tal vez se complazca en ello; pero es un paisaje que no ha dibujado él,

y puede desvanecerse como un soplo, soplo del Poder que le es ajeno, aunque haya sido su eco. Tal vez solo si se agitan sus certidumbres este personaje alcance alguna digna de tal nombre. Este jurista, quizá «proclive a la disputa descompuesta», pero mucho menos seguro de sí que lo que le invita el orden positivo que cultiva, es el que tiene necesidad de dialogar con el historiador del Derecho, y el que, creo, éste debe tener en cuenta preferentemente como destinatario de su saber, si de cura de almas se trata; que la confesión y la comunión sacramentos son de vivos.

6. Esta es justamente la posición de P. Grossi, y no siempre de todos los historiadores del Derecho, algunos, sobre todo en España, atrapados en la añoranza de los tiempos, relativamente recientes por la peculiar historia de nuestra patria, en los que los «Códigos históricos» eran Derecho vigente: cómo si el Código les hubiera expropiado un papel protagonista, y no como historiadores. La egregia enseñanza de Grossi es otra, bien distinta, y en este punto no quiero sustituir sus palabras «el historiador del Derecho, que es jurista, sabe perfectamente que debe hacer las cuentas con un *ius positum* que es aún regla sancionada, y que a él no le competen las revoluciones. Lo esencial es la adquisición de una conciencia al mismo tiempo renovada y compleja en relación con este orden positivo, conciencia antes que cualquier otra cosa de su relatividad» (4).

En esta frase, creo, y es difícil espigar la genialidad dentro de la genialidad, late no solo la excelsa definición de un oficio, sino también un preciso programa metodológico, y hasta, *in nuce*, la tesis misma del absolutismo jurídico. Diría más, en ella se contiene, fruto de la cura de almas o de la conciencia crítica del historiador, la idea liberadora del jurista positivo, angustiado mucho más de lo que se cree porque vive, como he dicho, salvo que le ciega el inmediato peso de la ley, en un mundo de certidumbres sin certidumbre: la conciencia de la relatividad de que habla nuestro historiador es tanto para su actitud mental, como para su oficio y las armas de este, esencialmente liberadora. Se comprende ahora que los primeros destinatarios de las tesis de P. Grossi seamos los cultivadores del

(4) *Epicedio*, cit., p. 523.

Derecho positivo, y no veinticinco historiadores del Derecho bien informados.

7. Con el precioso don de esta liberación, podemos venir ahora a una valoración de los concretos y complejos elementos que se cifran en el sintagma « absolutismo jurídico », ya absuelto de la cierta anfibia que encierra, y de la que se ha aprovechado alguna desmesurada afirmación de que, detrás de él, se esconde un ataque al valor de la soberanía (*id est*, el principio democrático mismo) y del viejo principio de legalidad, hasta considerar a Grossi « il grande nemico dello Stato » (5), lo que ha sido desmentido (de modo innecesario, pero con la humildad de quien quiere ser bien entendido) por el mismo P. Grossi (6).

8. Que el eclipse del pluralismo de las fuentes y la Codificación están en relación de causa a efecto no es discutible: y que ese eclipse responde a una monopolización de la producción del Derecho por la burguesía, que ha construido todo un preciso armazón jurídico — público y su correspondiente caparazón ideológico legitimador tampoco lo es. En última instancia, el Derecho privado, a través de la ley, protagonista preeminente del nuevo orden, es por su origen un Derecho público para las relaciones entre particulares. Añado que todo el Derecho protoliberal, nacido dentro del corsé

(5) A. CARRINO, *Il suicidio di Europa*, Modena, 2016, p. 116, nota 24. Sin entrar en otros pormenores, el juicio de Carrino, no está avalado por el « principio de realidad », que también es un canon científico. A quien siga el día con ojo atento al Derecho Europeo, la afirmación de que el *Bundesverfassungsgericht* gobierna nuestras vidas va en contra dicho principio, algo demostrable en el análisis de las sentencias del TJUE; aparte de ello, todos lamentamos la ausencia de legitimación democrática global de la UE, pero puestos a ello, ¿qué Poder Judicial la tiene directa, salvo por la supremacía del legislador, que no significa que es el sometimiento absoluto a la ley, ahogando toda otra fuente? Por ese camino, en Inglaterra los jueces son un residuo despótico. Que la doctrina alemana tiene gran peso es descubrimiento del *Mare Nostrum*, que se podía extender a la doctrina italiana, que tanto influye en el Tribunal Constitucional español, y nadie se siente en España (lo tenga por seguro Carrino) gobernado desde la Consulta... Esto, por decir lo poco, sin entrar en la simplificación de la cuestión, tal como la propone Carrino, ayuno de alguna lectura necesaria, en lo que ahora no deseo entrar.

(6) *L'invenzione del diritto*, Bari, 2017, pp. XV-XVI.

kantiano era así, y sobre el punto, pido de nuevo la venia para reenviar a lo por mí dicho (7).

Ahora bien, no creo que sea de desdeñar la idea de que tras esa formulación (que resplandeció en la primera Codificación) se esconde una expropiación del Derecho de los particulares a los particulares mismos, sus protagonistas durante siglos, lo que es, pienso, la idea central de Grossi en este punto; pero tampoco se ha de olvidar que es una expropiación harto particular, a favor de unos y en contra de otros: la teorización de la distinción entre sociedad civil y sociedad política, propia de la llamada « ideología de la separación » (8) está en el *humus* de la Codificación misma; así, el Derecho civil es considerado como Derecho de la sociedad civil, con vetas profundamente antiestatalistas, aunque cursen a través de la ley; sociedad civil que es patrimonio de la burguesía revolucionaria; burguesía que, desde los momentos inaugurales de su era, y hasta bien avanzados los tiempos, domina la sociedad política a través, no se olvide, de un sufragio profundamente falsificado, ya *de iure*, ya *de facto*, y que tardará en darse cuenta, y será de imposible remedio, que la clase trabajadora acampa amenazante, alrededor de la ciudadela de los Códigos.

No es la Codificación la instancia de libertad que se quiere ver en ella, y sobre todo porque la Constitución que la acompaña tampoco lo es (9). Distinto es que la Constitución revolucionaria fuera efectivamente liberadora, pero al morir ella murió el Derecho privado que le era congenial, aunque traspasara algo de su aliento: recuérdese la parábola del « *droit intermédiaire* » (10). Y no lo es obviamente en las relaciones familiares y sucesorias, pero tampoco lo es totalmente en las relaciones jurídicas patrimoniales porque, la igualdad formal del sujeto abstracto de las proposiciones normativas de los Códigos, esconde la libertad de los intercambios desiguales;

(7) De sir Francis Bacon a Immanuel Kant pasando por Jellinek: “Un Derecho Público para el Derecho Privado”, en *Las ensañaciones del jurista solitario*, Valencia, 2002.

(8) Sobre este concepto, vid. P. BARCELLONA, *Diritto privato e processo economico*, Napoli, 1973, pp. 17-32.

(9) Vid. CLAVERO, *La paix et la loi*, cit., pp. 625-628.

(10) La referencia « canónica » es a Ph. SAGNAC, *La législation civile de la Révolution française (1789-1904)*, 1898. Manejo la edición facsímil de Londres, 1971.

aunque de modo limitado es libertad al cabo, ya que tras de ella está la transformación del Derecho Privado en una red de *status* y privilegios en una red de derechos subjetivos: la desencarnación de ese sujeto es, en casos no despreciables, una revolución contra una encarnación enfeudada a viejos amos.

Lo mismo que Grossi no discute el valor ordenador de la ley, y advierte de las consecuencias negativas de la monopolización del Derecho por la ley, y de que ello significaba la expropiación del papel casi absolutamente protagonista de los particulares en el Derecho de los particulares, tampoco discute la potencia técnica de la Codificación, y su significado institucional, lección que debería aprovechar a quienes cuentan la historia de los Códigos como una sucesión de anécdotas más o menos relevantes. Que ello provocaba, para el mundo del Derecho Civil un más que fuerte *inaridimento* (es su término certero) tampoco ha de ponerse en duda. Más, dado que nos debemos instalar en la conciencia de la relatividad, me gustaría subrayar algunos contextos de esa aridez, y de nuevo hay que decir, implícitos en el pensamiento de Grossi, cuando no puestos expresamente de manifiesto por él.

9. No creo que sea irrelevante para el argumento que nos ocupa que estas líneas las escriba un jurista español. En última instancia, algunas de las cosas que aquí se sostienen proceden de *uno sguardo spagnolo*. que aboceto con apresurados trazos. He aquí algunos.

Ausencia de unificación del Derecho Civil Español tras la Codificación, que dejó en pie particularismos jurídicos que han ido avanzando en extensión y aumentando en intensidad con el paso del tiempo: me refiero al Derecho que los civilistas hemos conocido como Derecho Foral, hoy llamado con terminología « políticamente correcta » Derecho Civil propio de las Comunidades Autónomas; particularismo que afecta incluso al sistema de fuentes: paradigma, el Derecho Civil propio de territorio de tanta significación histórica como Navarra, donde la costumbre precede a la ley en la jerarquía normativa.

Convulso políticamente siglo XIX, que ha dado un papel

centralizador al Tribunal Supremo ⁽¹¹⁾, como único poder claro sobre toda la nación española, Tribunal que se ha visto obligado a hacer las cuentas con territorios de Partidas y territorios de *Corpus Iuris*, de confusos perímetros geográficos y de interrelaciones profundas, amén de con el llamado Derecho Real (aunque su índice arroja, salvo específicas materias, como la sucesoria en las Leyes de Toro, poca incidencia sobre lo que hoy llamaríamos Derecho privado), y una no poca cantidad de Fueros, de contenido incierto y ámbito territorial a veces misterioso.

Recurso de casación por infracción de doctrina legal, que en la práctica era doctrina jurisprudencial, y así acabó siendo reconocida en el segundo Título Preliminar del Código Civil, y que en el fondo, ha sido siempre, por más que se quiera lo contrario, un modo de creación judicial del Derecho, singularmente español ⁽¹²⁾.

Codificación tardía, y aunque sea harto provincial (tal vez porque toda España es rara y provincial, salvo la lengua castellana « o española », Covarrubias *dixit*), imitadora del gran modelo del *Code*, y de más que aceptable bondad técnica, pese a lo confuso de su procedimiento de elaboración, como indicaba Tomás y Valiente ⁽¹³⁾.

10. En estas condiciones es difícil no suponer que para el

⁽¹¹⁾ Interesantes consideraciones al respecto en Marta LLORENTE SARIÑENA, *La doctrina legal y el silenciamiento de los juristas en una España sin Código (1808-1889)*, en estos « Quaderni », 40 (2011), pp. 135-177.

⁽¹²⁾ El fenómeno español ha llamado desde hace largo tiempo la atención, desde el ensayo de J.B. HERZOG, *Le droit jurisprudentiel et le Tribunal Suprême en Espagne*, Toulouse, 1942. En época más reciente, y por la razón de la « doctrina jurisprudencial », autor tan riguroso como F. Galgano afirma la existencia en España de la jurisprudencia del Tribunal Supremo como fuente del Derecho: vid. *Atlante di diritto comparato*, Bologna, 1999 (cito por la traducción española, autorizada, *Atlas de Derecho Privado Comparado*, Madrid, 2000, p. 80). La cuestión en España es objeto de una querrela académica sin fin, de la que prescindo de dar noticia, porque en la práctica judicial se vive con la conciencia de que la doctrina jurisprudencial es fuente del Derecho.

⁽¹³⁾ En sus sugerentísimos ensayos *Aspectos generales del proceso de codificación en España* y *Los supuestos ideológicos del Código Civil. El procedimiento legislativo*, contenidos en *Códigos y Constituciones*, Madrid, 1989, pp. 9-30 y 81-109 respectivamente.

Derecho español, hay deseadas y reales consecuencias positivas de la monopolización denunciada por Grossi. Se lamenta la ausencia de claridad y seguridad en las Leyes civiles y se predica su necesidad: bastará aquí con traer al recuerdo la célebre *plaidoirie* de Martínez Marina (14). Se ven como consecuencia positiva de la monopolización la construcción de un mercado único en una país dualizado económicamente, y consecuencia positiva es también la definitiva abolición de privilegios, y la consagración como principio de orden público de los principios desvinculadores y desamortizadores. Como hito legislativo básico hay que considerar ese anticipo esencial del Código Civil que fue la primera Ley Hipotecaria, de curioso corte germánico, instaurando en materia de publicidad inmobiliaria el sistema de la inscripción y no el de la transcripción, que a un Código latino le debería haber sido congenial: como lo fue y es al *Code*, al *Codice* de 1865, al *Codice* de 1942; injerto extraño, y hoy entrañado en nuestro Derecho Civil, que consiguió movilizar la riqueza inmueble, financiar obras públicas y un cierto impulso industrial. Ahora bien, de todo esto fue solo artífice y beneficiaria la otrora burguesía revolucionaria; pero, también historia española, lo que estaba enfrente era la vieja alianza entre el Trono y el Altar; y lo que estaba fuera era la clase obrera, y este fue el mayor pecado de nuestra codificación, pues pudo no cometerlo, como de alguna manera el BGB, fruto de un capitalismo más evolucionado, no lo cometió del todo. Cierto es que para conseguir los objetivos de la burguesía se podía no haber codificado, pero desde luego no se podía dejar de recurrir a la ley. Y para nuestro país, eso era modernidad insoslayable.

11. Pero volvamos a una cuestión menos provincial: la aridez del mundo codificado. Cierta, certísima, pero — y es argumentación que empieza a tener un cierto sabor de *ritornello* — será la enseñanza de Grossi la que nos revele la clave del empobrecimiento que significa, cuando nos enseña el carácter de palimpsesto del propio *Code*, que no puede ser un producto del Antiguo Régimen, pero que es el fruto de un legislador, el napoleónico, aun hombre de frontera, que tiene sus pies en la tierra compacta del Antiguo Régimen, al

(14) *Juicio crítico de la Novísima Recopilación*, 1820.

tiempo que las manos colmadas de cosas nuevas ⁽¹⁵⁾. Algo se debe añadir: es enseñanza de Grossi (quizá *en passant*, aunque con el habitual lujo de detalles y razones) que la conclusión anterior no se ciñe tan sólo al derecho de propiedad. Resplandece, en la lectura del palimpsesto, en otros muchos aspectos, desde la evocación de la obra de Dumoulin a la de Pothier. No obstante, tal vez pueda verse una particularidad en el caso de Pothier, y es que no es fácilmente pensable que la influencia del *Traité des obligations* no determine que el cuño de la tradición romanística sea prevalente en el *Code* frente a la del « droit écrit », sobre todo en lo que llamamos teoría general de las obligaciones. Pienso la mirada de los historiadores de la Codificación tiende a olvidar el profundo romanismo del Derecho de las obligaciones y contratos del *Code*, principalmente en esa parte, algo más atenuado en lo que llamaríamos hoy « contratos en particular » ⁽¹⁶⁾; el propio Sagnac, a mi juicio, adolece de esta

⁽¹⁵⁾ *Un paradiso per Pothier (Robert-Joseph Pothier e la proprietà 'moderna')*, en « Quaderni fiorentini », 14 (1985), pp. 401-459.

⁽¹⁶⁾ Una sumaria lectura de otros tratados de Pothier bastan para ver un aliento romanístico mucho más difuminado, aunque siempre presente. Aunque la historiografía moderna del *Code* tiende a devaluar la tal influencia romanística, e incluso la famosa transacción entre « droit coutumier » y « droit écrit » (conducida por Portalis) a la que durante décadas se ha considerado como la clave del proceso de redacción del *Code* (véase J.L. HALPÉRIN, *El código civil*, traducción española, Santiago de Chile, 2008, pp. 86-91), siendo decisivos otros formantes, creo que siendo ello cierto, resulta poco provechoso y un tanto inconsistente. En primer lugar, decir que el *Code* se aparta del Derecho romano no tiene mucho sentido, porque a la altura de la Codificación francesa, el Derecho romano como un único producto con señales de identidad única no existía (sí existió alguna vez, y no fuera lo correcto, tal vez, hablar de tradiciones romanísticas) y la lectura de los textos no se hiciera con influjo de las ideas dominantes del Derecho autóctono, y del Derecho canónico, y para subvenir a necesidades específicas de pueblos y territorio, a través de la *interpretatio* (punto, una vez más, aclarado magistralmente por P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, 1995, *passim*); en segundo lugar, incluso por quienes ven más bien al *Code* como fruto de otras transacciones de carácter ideológico cultural (A.-J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code Civil*, Paris, 1969, obra devenida clásica), no deja de reconocer que el esfuerzo sistemático axiomático que impulsa la codificación francesa se conduce con las Instituciones como plan (pp. 121-171) y que no cabe, aunque sea con importantes matices, negar ni ese plan, ni la « transacción », ni la « paternidad » del texto adjudicada a Pothier; en tercer lugar, y esto es opinión por cuenta propia, la cuestión era cuadrar las dos tradiciones del « droit coutumier » y del « droit écrit », y olvidar que ese era el problema político primario, con

ausencia de perspectiva; y ello tal vez provoque una valoración excesiva del « *droit coutumier* » como ingrediente de la Codificación: valoración excesiva, creo, incluso para un pensamiento tan mesurado como el del propio Grossi ⁽¹⁷⁾. La verdad es que estamos desprovistos de un instrumento esencial para discernir el qué y el como del « *droit écrit* » y del « *droit coutumier* » en el *Code*, una su versión crítica ⁽¹⁸⁾. En todo caso, y se entiendan como se quiera los problemas de genealogía, las fórmulas del « *droit coutumier* » recogían una rica cosecha casuística que el codificador reduce a fórmulas abstractas, supuestamente omnicomprendivas, y que acaban generando la incompreensión del texto.

12. Aridez, sí. El palimpsesto no arroja una lectura completa del texto escondido, necesaria en bastantes ocasiones para la práctica. Esta es experiencia concreta del jurista positivo (¡y uno de sus principales motivos para militar frente a los excesos del absolutismo jurídico!), cuando ha de solucionar un problema concreto que está oculto y su solución agazapada bajo la seca redacción de los preceptos del Código. Curiosa tarea que el jurista positivo debe cumplir para hacer frente a una carga de su oficio cotidiano; y no es una pura búsqueda de antecedentes históricos al uso, no; es la indagación de la verdadera savia que nutre la escuálida planta del precepto codificado, es la representación viva de que la operación codificadora es *inmiserente*, y refleja perfectamente sus límites. Sin embargo, dicha operación codificadora es porque la abstracción de la norma es propia de la evolución del Derecho moderno), y aboca a la simplicidad en el conocimiento y la seguridad en la aplicación; pero operación insuficiente porque no resuelve problemas sin los nutrientes de la jurisprudencia pegada al caso y la doctrina que de este, y no solo de la norma, hace cantera; lo que resplandecía más, es obvio

independencia del expediente que para ello se utilizara, conduce a una suerte de anacronismo: basta con leer las palabras de Portalis (*Discours préliminaire du Code Civil*), reportadas por el propio Arnaud, *ibidem*, pp. 216-217. Interesantes consideraciones sobre la obra de Arnaud en la reseña de R. Rodière en « *Revue internationale du droit comparé* », 1974, pp. 894-897, y la de Tarello, en estos « *Quaderni* », 1 (1972), pp. 379-386.

⁽¹⁷⁾ *Un paradiso per Pothier*, cit., especialmente pp. 7-24.

⁽¹⁸⁾ Como es sabido, la anunciada por Arnaud nunca fue hecha.

decirlo, cuando hay una mayor pluralidad de las fuentes y el Derecho de los particulares era creación de ellos mismos, ayudados por una práctica sapiencial.

13. Y he aquí el problema: el cultivador del *ius positum*, y señaladamente el civilista, no puede abdicar del ideal codificador como enseña de la certidumbre y la seguridad, como emblema de la igualdad frente a la desigualdad, ni puede olvidar que en los Códigos está la gramática esencial del Derecho Privado. La gramática, « ciencia que estudia los elementos de una lengua y sus combinaciones »: sólo eso, pero nada más y nada menos que eso, pues con ella el jurista positivo ha de escribir concretas páginas de la mudable existencia real de los hombres para afrontar sus problemas, pero sin olvido de aquellos elementos, y de la corrección de su combinación; y por eso, siguiendo a Sacco, no se ve que *codificare sia un modo superato di legiferare* ⁽¹⁹⁾. Pero, al mismo tiempo, aquel jurista se ve preso de los límites del Código, de su letra árida, que de la exégesis solo puede, como en la última pisada de la uva, extraer un zumo amargo, lejos del alegre mosto de la primera prensa. Para salir de la prisión, la alternativa, la única alternativa, es renunciar a la exégesis como método, abrir los surcos de la *interpretatio* a la historia y a las felices creaciones de la autonomía de la voluntad, reevaluar el papel de los usos, sobre todo de los de comercio, prestar auténtica atención a la jurisprudencia, no como un seco maximario de recetas tan abstractas e *inmiserenti* como las normas mismas, sino buscando la savia perdurable de las *rationes decidendi* en grupos de casos, en el caso mismo, y atender a los principios generales del Derecho como fuente príncipe, de acuerdo con la tesis — aunque haya que desposeerla de excrecencias iusnaturalistas y autoritarias, fruto del contexto de la obra — de F. De Castro ⁽²⁰⁾; lo que conduce a la revalorización de la analogía, nunca como búsqueda de mecánicas similitudes, sino como operación que permite escapar al angosto regazo de la ley, operación presidida por juicios de valor, juicios de

⁽¹⁹⁾ *Codificare: modo superato di legiferare?*, en « Rivista di diritto civile », 1983, I, pp. 117-136.

⁽²⁰⁾ *Derecho Civil de España*, I, Valladolid, 1942, pp. 408-439.

valor jurídicos, tal como es la egregia enseñanza de L. Caiani ⁽²¹⁾. Es claro que este modo de ver la analogía, tan congenial a los juristas españoles, está sustentado en una norma (artículo 4 del Código Civil) y su aplicación bien distintos, a la que propicia al justamente llamado por Grossi « asfixiante » artículo 12 *Preleggi* del *Codice* italiano de 1942, grosero mandato de interpretación *secundum litteram legis*, posiblemente ajeno a la tradición jurídica italiana y que ha sobrevivido quizá por inobservado.

14. Esta es la única forma de escapar de la miseria del absolutismo jurídico: volver a la *interpretatio prudentium*, en los límites del Código, cierto, pero concedor de que le es posible no considerar sus secas proposiciones normativas como lechos de Procusto donde se acomodan, mutilándolas, las soluciones a los problemas, bajo un mecánico procedimiento de subsunción. Claro es que por la, en estas incumbencias, peculiar historia de nuestra patria, antes dibujada, los juristas españoles, digámoslo con desenvoltura, « lo tenemos más fácil ». Empero, aunque aquí no hayamos de detenernos sobre el punto, es argumento menos provinciano en la señera obra de Josef Esser ⁽²²⁾, que nos ha señalado desde hace tiempo como el juez continental ha operado siempre desde una metodología principal, en la que principio y caso son una unidad funcional para la tarea interpretativa, en la que la determinación de la regla no puede sólo anclarse en la exégesis textual de la ley como expresión de una voluntad, sino en los principios jurisprudenciales que representan las « fuentes de valoración jurídica » de la ley misma. Principio y precedente se integran y desarrollan continuamente el uno con el otro, estructurados por un sistema donde la común opinión de los estudiosos tiene un preciso valor en la medida que constituye un elemento determinante de esa opinión. Nada lejana a esta forma de ver las cosas es la de Gustavo Zagrebelsky ⁽²³⁾, que añade interesantes consideraciones sobre el papel del legislador en el Estado constitucional, reivindicando su valor como expresión

(21) *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, Milano, 1954, *passim*.

(22) *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen, 1956, *passim*.

(23) *Il diritto mite*, Torino, 1992, *passim*.

del principio democrático, aunque el legislador debe resignarse a verse como autor de « parte del Derecho », no de « todo el Derecho »; y ello no significa (personalmente diría no significa absolutamente) que el legislador hay dejado de ser el dueño del Derecho, y lo sea el juez, sino que este es el garante de un Derecho complejo entre mandatos constitucionales, apreciaciones de justicia entre sentido de la acción y valor de la misma (apreciaciones que el Derecho positivo controla solo parcialmente), y la norma legal misma.

No obstante, y aunque no sea este el momento de discrepar en profundidad, hay un cierto maniqueísmo en la prédica de la separación de la ley y los derechos y la justicia: ¿qué derechos? ¿qué justicia?. Pero la cuestión no es de puro y simple maniqueísmo, pues olvida datos del Ordenamiento: la necesidad de configuración legal de los derechos fundamentales, la existencia de principios generales del derecho que no son principios constitucionales, la insuficiencia de las normas constitucionales para producir soluciones *urbi et orbe*, el papel fundamentalmente negativo de los Tribunales Constitucionales (aunque no se acepte la crítica a las sentencias constitucionales « interpretativas ») y la fundamentación de la legitimación del poder de los jueces en su sumisión a la ley, por más que esta no implica negar su función creadora del Derecho. En el fondo, la vivisección entre derechos, justicia y ley es artificial, y para poder mantenerla los esfuerzos de Zagrebelsky y no acabar apelando a un cierto Derecho Natural y a una definición del Poder Judicial al margen del principio democrático, resultan fallidos, al menos en parte, y por más que se haga en su obra una constante *protestatio contra dicta*. Añádase a ello una suerte de visión prejuiciosa de los Códigos, como si solo fueran un fruto del positivismo legalista, algo que la Historia desmiente, con olvido de su carácter ordenador general, que goza de buena salud y excelente futuro, y que sirve esencialmente a los jueces para partir de un sistema que permite la fecunda creación judicial de principios y normas secundarias derivadas de los mismos, y refrendadas por su reiteración y racionalidad en los precedentes.

En todo caso, estas reservas no van al núcleo esencial de sus tesis, esto es, que la ley no es todo el Derecho; pero parece también cierto que, al menos los Códigos, en su efectividad práctica, en la que Zagrebelsky (al contrario que Esser) no repara, eran y siguen

siendo una estructura mucho más dúctil de lo que se cree, porque detrás de ellos no está sólo el momento codificador, sino la articulación de una *scientia iuris* basada en la *prudentia iuris* y en una doctrina largamente sedimentada. Por final cuenta propia: hablar de Estado constitucional como forma superadora del Estado de Derecho liberal es algo que la Historia desmiente, y relativiza posiciones como la de Zagrebelsky, y sobre ello gasto alguna palabra más, en poco tiempo. Volvamos, pues, a la Historia.

15. Nos enseña P. Grossi que la operación de reducción del Derecho a la ley y de la ley al Código, que sustituyó el viejo pluralismo jurídico por un monismo rigidísimo fue robustecida porque para el orden jurídico burgués el Derecho privado asumía una valencia constitucional, fundamento de aquel orden; valencia constitucional que venía agigantada al estaravenada de ideas éticas gracias a la inmersión en el limbo del Derecho natural. Iusnaturalismo que daba lugar a aquella antinomia que está en la base del Derecho moderno, consistente en que el iusnaturalismo es el mejor y privilegiado puente de paso al iuspositivismo. Continúa la enseñanza del maestro florentino poniéndonos de relieve que estas fundaciones iusnaturalistas han durado mucho, y duran aún, porque somos sin saberlo adeptos del iusnaturalismo de los siglos XVI y XVII, aunque seamos incluso fieros contrarios a la idea del Derecho natural: ello ha provocado en el territorio del Derecho privado consecuencias fundamentales, algunas lentamente caídas (aunque fatigosamente) como el declive lento y fatigoso de la idea del sujeto de derecho como entidad abstracta y unitaria, o la figuración de un Derecho civil articulado en relaciones jurídicas abstractas.

16. Quizá aquí es donde mi disenso con Grossi sea verdaderamente tal, puede que por partir de premisas distintas. Permítaseme decir que creo que aún estamos en la onda del orden jurídico burgués y que el sujeto de derecho como entidad abstracta es la regla general, y sus encarnaciones, excepciones. Excepciones que no han logrado desvirtuar la última razón de la abstracción de ese sujeto: esta no es sino la premisa de un sistema de intercambios desiguales, bajo la apariencia de igualdad, y en este simulacro de igualdad radica

la esencia de las relaciones sociales de producción capitalistas ⁽²⁴⁾. La misma parábola de las encarnaciones del sujeto abstracto trabajador, arrendatario, consumidor, muestra desde sus orígenes una progresiva atenuación de sus perfiles y una también progresiva reintegración en la lógica del sujeto abstracto; este movimiento es del todo evidente en el Derecho del trabajo, y en el Derecho del consumo, pieza cada vez más conspicua de la racionalidad de la empresa capitalista, aunque sus concesiones al contratante débil no se puede negar que son altamente relevantes; y la atenuación de la encarnación del trabajador y del consumidor en relación con « la lógica del sujeto » en el caso del arrendatario se resuelve en decisiva y definitiva negación del mismo de la figura especial y triunfo definitivo de esta lógica. Creo haber demostrado en otro lugar ⁽²⁵⁾ que los fenómenos anteriores non sino el corolario lógico de la debilidad de las formas jurídicas del Estado social, al que M.S. Giannini llegó a llamar una *nozione inutile* ⁽²⁶⁾. No solo creo en la valencia, sino en la hipervalencia de las fundaciones constitucionales burguesas, y que ellas dominan largamente aún, aunque las Codificaciones se refinan, aunque el protagonismo pase de la propiedad a la empresa, aunque se abra un fatigoso y siempre limitado camino a la protección del contratante débil y a la expansión de los mecanismos de responsabilidad por daños de una nueva sociedad ⁽²⁷⁾.

17. En cuanto a que las fracturas del sistema codificado han venido acompañadas del panlegalismo es discurso certísimo de Grossi, pero que en mi opinión se debe completar con el dato de que la curación del absolutismo jurídico se ha buscado con más absolutismo jurídico, a través de una legislación especial, a la que se podría llamar excepcional, si situamos la racionalidad del Ordenamiento en el Código: no quiero afirmar (ni negar) esta racionalidad, sino solo poner de relieve que esa proliferada legislación tal vez no se pueda

⁽²⁴⁾ P. BARCELLONA, *I soggetti e le norme*, Milano, 1984.

⁽²⁵⁾ *Estado social y sujeto privado: una reflexión finisecular*, en estos « Quaderni », 25 (1996), pp. 401-459.

⁽²⁶⁾ *Stato sociale: una nozione inutile*, en *Scritti in onore di Costantino Mortati*, I, Milano, 1977.

⁽²⁷⁾ *Ad rem*, la monumental aportación de G. CAZZETTA, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico*, Milano, 1991.

considerar *contra tenorem rationis iuris*, pero sí, desde luego, *contra tenorem rationis Codicis*. No deja de ser significativo que cuando G. Morin ⁽²⁸⁾ habla de la revuelta del Derecho contra el Código, en realidad está hablando de la revuelta de las leyes especiales contra aquel. Con esta legislación motorizada y tantas veces de ocasión comparece el fenómeno de la llamada descodificación, en la notoria teoría de Irti ⁽²⁹⁾, la que comparto solo en alguna medida ⁽³⁰⁾, y a mi crítica remito, aunque lo que me urge ahora es poner un acento en una concreta cuestión. Y es que sucede algo verdaderamente paradójico: cuando se quiere reconducir a una instancia unitaria este pluralismo (o desbocado torrente) legislativo, dicha instancia es la Constitución, con lo que, con inconvenientes añadidos, nace, y desde lo alto de la jerarquía normativa, un nuevo absolutismo jurídico, esta vez constitucional.

Compréndaseme bien: no pretendo ir en contra de la centralidad de la Constitución, ni contra la *interpretatio secundum Constitutionem*, que es opción obligada para el intérprete. Pretendo denunciar el desvarío de quien confunde la virtualidad política, el carácter fundante de los poderes, y el monopolio de la regulación de los derechos fundamentales (que nadie negará a una carta constitucional occidental), con una posibilidad omnímoda de resolver todo problema jurídico, incluso procediendo *per saltum*, con olvido del legislador ordinario, lo que, dicho sea de paso, es una forma flagrante de violación constitucional. Ese panconstitucionalismo tiende, aunque proteste lo contrario, a ser excluyente del resto del Ordenamiento, y es el caldo de cultivo de toda arbitrariedad, amparado por la idealidad e indeterminación de las normas constitucionales, que son características intrínsecas de la mismas, y justificadoras de una más que prudente cautela a la hora de extraer de ellas soluciones directas a todos los problemas.

⁽²⁸⁾ Es el eje sobre el que se basa todo su libro *La révolte du droit contre le code. La révision nécessaire des concepts juridiques (contrat, responsabilité, propriété)*, Paris, 1945.

⁽²⁹⁾ *L'età della decodificazione*, Milano, 1979.

⁽³⁰⁾ *Constitución, Código y leyes especiales. Reflexiones en torno a la llamada descodificación*, ahora en *Derecho civil constitucional*, Sevilla, 2015, pp. 31-46.

Es claro que Irti ⁽³¹⁾ no incurre en semejante desvarío: pero, al evitarlo, su propuesta se resuelve en la neoexégesis justamente criticada por Paolo Grossi: pretender que la exégesis, « momento necesario para fundar el discurso y el sistema jurídico », en palabras del mismo, no deja de ser una « operación liminar desprovista de autonomía », también en sus palabras ⁽³²⁾. Pretender que la exégesis y sus instrumentos (lenguaje, técnicas, lógica) nos pueden llevar a la comprensión de la realidad global de la experiencia jurídica no es sólo criticable desde esa necesidad de comprensión, tal como dice Grossi, sino que a, mi juicio, esconde una elección técnica incorrecta para las consecuencias prácticas de aquella comprensión, en la que están insertos los principios que deben gobernar cualquier caso. Puede concederse que tal vez, y la idea es de nuevo de Grossi, se haya dado una exégesis digna; pero estaba ligada a los Códigos, que en última instancia, son una estructura « pensada », diríamos nosotros una estructura pensada en busca de una racionalidad, que permitía una aproximación orgánica con la realidad, de tal complejidad y finura como para crear un espacio de subsistencia al exegeta; pero espacio que finalmente se resuelve, sabido es, en la superación de la exégesis que se contenía en la consigna « a través del Código Civil, más allá del Código Civil » ⁽³³⁾. Pero si se pretende encontrar la racionalidad de la ley solo en los mandatos constitucionales, conviene señalar que no es mejor tránsito para la vida jurídica, si hemos de concebirla como una rica experiencia que no se desenvuelve en los angostos límites de la norma emanada del Estado, pasar del absolutismo del Código al absolutismo de la Constitución.

⁽³¹⁾ *L'età della decodificazione*, cit.

⁽³²⁾ *Epicedio*, cit., pp. 527-532, criticando la tesis de N. IRTI, *La proposta della neo-esegesi (a modo di prefazione)*, en ID., *Scuole e figure del diritto civile*, Milano, 1982, p. II.

⁽³³⁾ El notorio pabellón de F. Géný en *Méthode d'interprétation et sources du droit privé positive*, T. 1, par. 186. Cito por la edición de 1954, en cuyo prefacio R. Saleilles manifiesta que le hubiera gustado más la inversión de la expresión: « au-delà du Code civil, mais par le Code civil ». Es evidente que la cuestión envuelve mucho más alcance que el puramente sintáctico. Sobre R. Saleilles, su obra y el significado de la misma son esenciales las páginas de P. GROSSI, *Absolutismo giuridico e diritto privato. Lungo l'itinerario scientifico de Raymond Saleilles*, en « Rivista di diritto civile », 1993, parte I, pp. 345-398.

Ahora bien, no cabe desconocer que un sistema que gravite alrededor del Código, es un sistema de tardía o inexistente respuesta a las mutaciones de la vida social, a las que debe acompañarse la vida jurídica: en este punto no cabe sino el completo acuerdo con Grossi. De suyo, de esa falta de respuesta, arranca la miríada de leyes que producirán la descodificación, y la imposibilidad de anudar ese mundo fracturado con los solos mandatos constitucionales, a los que se suma, lo hemos dicho antes, un nuevo absolutismo, que encarna en una justicia *per saltum* marcada por el peligro del olvido del principio de legalidad.

18. En estas incumbencias, y aunque sea un pequeño *excursus*, creo que no conviene no exagerar sobre la supuesta acentuada adaptabilidad del mundo del *common law* a las cambiantes circunstancias de la vida social, sobre todo porque es un mundo cada vez más marcado por la presencia de la ley. Ciertamente que la relativa rapidez del proceso judicial frente al proceso legislativo, hace más rápido el cambio de un precedente que el de una ley; pero una masiva actualización del ordenamiento no dejaría de plantear problemas incluso de legitimidad constitucional, incluso en las áreas de *common law* ⁽³⁴⁾. Basta con recordar que la posibilidad del *overruling* ⁽³⁵⁾ es *de facto* sometida a muchas limitaciones.

⁽³⁴⁾ Sobre todas estas cuestiones y tomando como eje central el problema de la obsolescencia de la ley escrita y su poca flexibilidad a las cambiantes circunstancias sociales, por la lentitud del proceso legislativo, es clásico el libro de G. Calabresi, referido a la experiencia norteamericana, y de título bien significativo, *A common law for the age of statutes*, Cambridge (Mass), 1982 (se trata de la reunión de las 15 conferencias impartidas por el autor en las Oliver Wendell Holmes Lectures, Harvard Law School, 1977). Las tesis del autor (aunque el contexto americano y las propias terminología y conceptos, en algunas ocasiones muy alejados de nuestro entorno jurídico cultural, las hace difíciles de seguir) levantan acta de que hoy no existe ni es posible volver a un sistema jurídico norteamericano de absoluta primacía del *stare decisis*, porque las necesidades de una sociedad moderna propician, unas veces más justificado que otras, el aluvión de *statutes*. Aunque este no sea el lugar de una profundización crítica, Calabresi pone de manifiesto que el papel de la ley escrita en USA es, al menos desde hace más de un siglo, extraordinariamente potente y nunca ha sido una fuente estructuralmente residual. Por ello, Calabresi no deja de reconocer que cualquier solución, tanto predicando unos grandes poderes de « *nullification* » (es su término) a favor de las Cortes frente los *statutes*, como la absoluta petrificación de los mismos son indeseables, y que

19. Tal vez el lector de estas páginas haya comprendido mi actitud de aceptación de las tesis centrales de Grossi, y vea en mis reservas otro elemento de la verdadera aceptación, que es la crítica. Creo que la experiencia práctica, se desenvuelva entre dos extremos tan opuestos como el régimen jurídico de las Administraciones Públicas por un lado, y los vericuetos de la *lex mercatoria*, por otro, pone de relieve que en medio de tan diversos quehaceres, las piedras

el papel de aquellas no puede ser sustituir las mayorías políticas; no obstante no significa que las Cortes no puedan hacer nada frente a *statutes* viejos que en se ve no responden a la mayoría social del tiempos, pudiendo proponer, siempre dentro de los márgenes de su propia competencia una *revisionist* interpretación frente a una *retentionist* interpretación de los *statutes*, y mucho más fácilmente modificando los propios precedentes; y esta tarea resulta obligada cuando en los casos estén envueltos problemas de garantías constitucionales. Como he dicho, aquí no caben mayores calas, pero como conclusión general para el jurista continental es que el Derecho de USA es en muy buena medida, un Derecho de *statutes*, a veces con las mismas dificultades que los Ordenamientos jurídicos europeos frente a la inadecuación al tiempo actual de ley escrita. Curiosamente, en este punto, España es de nuevo una excepción, al contemplar, a lado de los « elementos » o « métodos » de interpretación tradicionales « la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas » [las normas] (artículo 3.1 del Código Civil, procedente de la sustitución del primitivo título preliminar por el vigente por ley preconstitucional de 2 de mayo de 1975). Ello abona la existencia de una posible interpretación evolutiva; pero todos sabemos las dificultades de esta, que lleva al intérprete a elecciones pavorosas desde el punto de vista técnico. He tratado este tema con alguna profundidad en mi trabajo *En torno a la llamada interpretación evolutiva (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Ley 13/2005, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, permitiendo el de personas del mismo sexo)*, en « Derecho privado y Constitución », 2013, 27, pp. 173-208.

Para el Derecho inglés tradicional el planteamiento es diferente, porque los *statutes* son estructuralmente una fuente subsidiaria (lo aclara con suma precisión T. RAVÀ, *Introduzione al diritto della civiltà europea*, Padova, 1982, pp. 126-134). Cosa distinta es cuanto haya influido en la conformación actual de dicho Derecho la legislación de la UE, y qué permanezca (sometido a la supremacía del Parlamento y al control jurisdiccional británico, en todo caso) en caso de consumarse el *Brexit*.

(³⁵) Permítaseme remitir al sumario trazo, pero tal vez suficiente como información, contenido en mi nota *Sobre epistemología y tradiciones jurídicas (A propósito de una conferencia cantabrigense de Pierre Legrand)*, en estos « Quaderni », 27 (1998), pp. 475-480. Añado que los juristas continentales no deberíamos abrigar con tanta intensidad, creo, la idea de la posibilidad de que los *precedents* tengan tan suma virtualidad para la evolución del ordenamiento. *Ad rem*, S. VOGENAUER, voz *Precedent, Rule of*, en *The Max Planck Encyclopaedia of European Private Law*, II, Oxford, 2012, pp. 1304-1306.

miliares suelen ser, frente a las incoherencias (cuando no los desatinos) del legislador, o frente a la suma labilidad de los usos de comercio, los secos y precisos artículos del Código Civil, por supuesto que siempre acompañados de una rica visión de la autonomía de la voluntad, y las sentencias de los Tribunales. Puede que sea este, repito, *uno sguardo spagnolo*, quizá *troppo spagnolo*. En todo caso, hay algo imperecedero en la enseñanza de Grossi ⁽³⁶⁾: fue concebida por él mismo como « una piedra en el estanque », diríamos nosotros, interpretando su propósito. Las tímidas primeras ondas que agitaron las un tanto pútridas aguas son ya olas que han restituido gran parte de su dignidad, sofocada por la jurisprudencia de conceptos, el extremo legalismo y el olvido de la complejidad y la pluralidad del sistema de fuentes, a la vieja ciencia del Derecho civil, y tras de la ciencia a la práctica ⁽³⁷⁾.

⁽³⁶⁾ A la que cabe considerar, parafraseando la frase del genial Borges sobre Quevedo: la obra de Grossi es « una dilatada y compleja literatura » (*Otras inquisiciones*, Buenos Aires, 1974, p. 666).

⁽³⁷⁾ A no olvidar nunca las consideraciones de Kant en su celeberrimo opúsculo de 1793 *Über den Gemeinspruch Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis* (« En torno al tópico: tal vez eso sea correcto en teoría, pero no sirve para la práctica »).

Figure dell'esperienza

PIER PAOLO PORTINARO

FRITZ BAUER, UN GIURISTA CRITICO

1. Processi e istituzionalizzazione della memoria. — 2. Dalla « Weimar migliore » alla Repubblica dell'oblio. — 3. La resistenza e l'esilio. — 4. I crimini internazionali. — 5. Umanesimo e diritto: una toga rossa da Braunschweig a Francoforte. — 6. Il processo Auschwitz. — 7. Teoria critica della società e pratica della giustizia. — 8. Un uomo sconfitto?

1. *Processi e istituzionalizzazione della memoria.*

Si è assistito negli ultimi decenni a un'impressionante crescita della letteratura sull'elaborazione giudiziaria del passato, con rilevanti ricadute su due fuochi principali: giuridicizzazione della memoria e tribunalizzazione della storia ⁽¹⁾. Nell'ambito degli studi sui processi che hanno avuto luogo all'indomani della seconda guerra mondiale con oggetto i crimini del regime nazionalsocialista, accanto ai processi celebrati a Norimberga, il processo ad Eichmann a Gerusalemme e il primo processo Auschwitz a Francoforte sono quelli che, per una serie di ragioni, in parte comuni e in parte divergenti, hanno concentrato su di sé il massimo di attenzione.

Diverse, talora divergenti storiografie, hanno preso avvio da questi eventi. Su Norimberga a lungo, si potrebbe dire fino ad oggi, la letteratura è rimasta prigioniera tra il tono apologetico dei suoi registi americani — il libro di Telford Taylor è di ciò esemplificativo — e l'aspra denuncia di chi vi ha visto solo « giustizia dei vinci-

⁽¹⁾ Cfr. Y. BEIGBEDER, *Judging War Criminals. The Politics of International Justice*, New York, St. Martin's Press, 1999; G.J. BASS, *Stay the Hand of Vengeance. The Politics of War Crimes Tribunals*, Princeton University Press, 2000; L. DOUGLAS, *The Memory of Judgment. Making Law and History in the Trials of Holocaust*, Yale University Press, 2001.

tori » (2). Fra i memorabili fatti storici del XX secolo il processo davanti al Tribunale militare internazionale è in effetti quello che maggiormente consente di tematizzare l'ambivalenza, diciamo pure la doppiezza, del nostro tempo.

Ma non meno controversi risultarono alle opinioni pubbliche del tempo — e restano ancora — anche gli altri due memorabili processi. Alla rinomanza del processo Eichmann a Gerusalemme, che per la prima volta pose la *Shoah* al centro dell'attenzione giudiziaria, hanno contribuito vari ed eterogenei fattori, a cominciare dall'eccezionalità della cattura dell'imputato, dalla modalità dello svolgimento e dalla circostanza che la lettura datane da una filosofa della statura di Hannah Arendt, con l'introduzione della categoria della banalità del male (una categoria in verità generata dal dialogo epistolare con il suo maestro Karl Jaspers) (3), ha fatto sì che attorno a quel processo si coagulasse una gran parte dei dibattiti sul rapporto tra giustizia, politica e memoria. In una recente monografia (molto critica nei confronti della lettura di Arendt) Hanna Yablonka è tornata a chiedersi « what kind of proceeding was the Eichmann trial », se si trattasse cioè di un « criminal trial, show trial o historical trial », optando per la terza definizione (4).

Anche a proposito dei tre processi Auschwitz, svoltisi a Francoforte tra il 1963 e il 1968 (ma in particolare in riferimento al

(2) Un esempio dalla più recente letteratura italiana in D. ZOLO, *La giustizia dei vincitori. Da Norimberga a Baghdad*, Roma-Bari, Laterza, 2006. Ma si vedano ora K.C. PRIEMEL, *The Betrayal. The Nuremberg Trials and German Divergence*, Oxford University Press, 2016 e la raccolta curata da K.C. Priemel e A. Stiller, *Reassessing the Nuremberg Military Tribunals. Transition Justice, Trial Narratives, and Historiography*, New York, Berghahn Books, 2012; inoltre T. TAYLOR, *Anatomia dei processi di Norimberga*, Milano, Rizzoli, 1996; L. GOLDENSOHN, *I taccuini di Norimberga*, Milano, il Saggiatore, 2004; *Il processo di Norimberga tra storia e giustizia*, a cura di M. Cattaruzza, I. Deak, Torino, Utet, 2006; A. WEINKE, *Die Nürnberger Prozesse*, München, Beck, 2006; *The Nuremberg Trials. International Criminal Law since 1945*, R. Reginbogin, C. J. M. Safferling (eds.), München, Saur, 2006.

(3) H. ARENDT, *La banalità del male. Eichmann a Gerusalemme*, Milano, Feltrinelli, 1992.

(4) H. YABLONKA, *The State of Israel vs Adolf Eichmann*, New York, Schocken, 2004, p. 236 e ss. Cfr. anche D.E. LIPSTADT, *The Eichmann Trial*, New York, Schocken, 2011; A. BRANNIGAN, *Beyond the Banality of Evil. Criminology and Genocide*, Oxford University Press, 2013.

primo, 1963-65), ci si è interrogati sul rapporto tra processo giudiziario, processo mediatico e processo storico. E anche in questo caso oggetto di dibattito furono crimini commessi per dare esecuzione a quella che i nazionalsocialisti avevano definito « soluzione finale ». La novità consistette nel fatto che questa volta l'iniziativa di istruire il processo maturò non per volontà delle potenze occupanti o della nazione delle vittime ma entro le istituzioni giudiziarie del paese che si era macchiato di quei crimini. L'intento di utilizzare il processo a fini di collettiva elaborazione critica del passato portò inoltre a una sinergia (in tal misura senza precedenti) tra indagini giudiziarie e ricerca storica che sarebbe divenuta un modello per procedimenti futuri ⁽⁵⁾.

A ciascuno di questi eventi-chiave della storia giudiziaria del XX secolo è legato il nome del giurista Fritz Bauer (1903-1968). Al processo di Norimberga, cui certo rimase fattualmente estraneo, a differenza di altri giuristi d'origine ebraica della sua generazione, come Franz Neumann, Otto Kirchheimer, Hersch Lauterpacht, Raphael Lemkin ⁽⁶⁾, il suo nome rimanda per essere stato autore di un saggio, apparso dapprima in lingua svedese (1944), poi in traduzione danese e infine in lingua tedesca (Zurigo, 1945), in cui s'interrogava su possibilità e limiti della nascente giurisdizione pe-

⁽⁵⁾ Cfr. D.O. PENDAS, *The Frankfurt Auschwitz Trial, 1963-1965. Genocide, History, and the Limits of the Law*, Cambridge University Press, 2006, e ID., *Der 1. Frankfurter Auschwitz-Prozess 1963-1965. Eine historische Einführung*, in *Der Frankfurter Auschwitz-Prozess (1963-1965). Kommentierte Quellenedition*, R. Gross, W. Renz (Hg.), Frankfurt, Campus, 2013, pp. 55-85; R. WITTMANN, *Beyond Justice. The Auschwitz Trial*, Harvard University Press, 2005. Sul rapporto tra la ricerca storica e i processi sui crimini nazisti M. CATTARUZZA, *La ricerca storica sul nazionalsocialismo e le fonti giudiziarie*, in « Storia della storiografia », 41 (2002), pp. 101-115.

⁽⁶⁾ Sul ruolo svolto da molti giuristi emigrati nella preparazione dello Statuto dell'IMT si veda *Perspectives on the Nuremberg Trial*, G. Mettraux (Ed.), Oxford University Press, 2008. Può essere interessante richiamare le aspettative piuttosto ottimistiche che gli architetti dei processi nazisti nutrivano sul finire del conflitto. Cfr. O. KIRCHHEIMER, *Nazi Plans for Dominating Germany and Europe: Domestic Crimes*, in *Secret Reports on Nazi Germany. The Frankfurt School Contribution to the War Effort*, F. Neumann, H. Marcuse, O. Kirchheimer, R. Laudani (eds.), Princeton University Press, 2013, in particolare p. 532.

nale internazionale (7): in esso era già chiaramente delineato il compito che avrebbe con lucidità e determinazione perseguito per il resto della sua vita professionale. Sul finire degli anni Cinquanta, divenuto procuratore generale a Francoforte, insofferente per gli intralci che magistratura e politica tedesche opponevano ad ogni tentativo di processare i responsabili di crimini compiuti durante la dittatura, si attivò per informare i servizi segreti israeliani sul rifugio argentino di Eichmann, rendendone possibile la cattura e la traduzione a Gerusalemme (8). Il processo Auschwitz è poi eminentemente legato, come ormai universalmente noto, al suo impegno ostinato, che ne ha fatto il protagonista della *Vergangenheitsbewältigung* giudiziaria della Repubblica federale tedesca degli anni Sessanta (9). Proprio a Bauer è riconducibile il disegno di fare di quel processo un volano per la rigenerazione di una cultura democratica in Germania.

Proprio nel quadro di una letteratura sulla *Vergangenheitsbewältigung* che riserva sempre più spazio alle biografie dei protagonisti di quella che è stata presentata come una rivoluzione culturale, anche il percorso di Fritz Bauer è stato oggetto di accurate ricostruzioni, che hanno messo in luce come all'attività di pubblico ministero abbia affiancato quella del contrasto ad una politica del passato che mirava a rendere reversibili le conseguenze dell'epura-

(7) F. BAUER, *Die Kriegsverbrecher vor Gericht*, Zürich, Europa Verlag, 1945 (di seguito, per le citazioni da opere di Bauer, si ometterà il nome dell'autore).

(8) Cfr. B. STANGNETH, *La verità del male. Eichmann prima di Gerusalemme*, Roma, LUISS University Press, 2017; *Interessen um Eichmann, Israelische Justiz, deutsche Strafverfolgung und alte Kameradschaften*, W. Renz (Hg.), Frankfurt a. M., Campus, 2012; V. RIESS, *Fritz Bauer und die Zentrale Stelle: Personen zwischen Konsens und Dissens*, in *Rückkehr in Feindesland? Fritz Bauer in der deutsch-jüdischen Nachkriegsgeschichte*, K. Rauschenberger (Hg.), Frankfurt a. M., Campus, 2013, pp. 131-49. Durante il processo, Bauer manda a Gerusalemme un suo collaboratore, Dietrich Zeug, che non ottiene però da Eichmann il consenso a una deposizione. In seguito non avrebbe mai fatto parola del ruolo giocato nell'identificazione di Eichmann e della sua collaborazione con i servizi segreti israeliani.

(9) Per un'introduzione al contesto *Der halbierte Rechtsstaat. Demokratie und Recht in der frühen Bundesrepublik und die Integration von NS-Funktionseliten*, S. Biegelka, C. Fröhlich, S. A. Glienke (Hg.), Baden-Baden, Nomos, 2015.

zione politica compiuta dagli Alleati nell'immediato dopoguerra ⁽¹⁰⁾. E non solo: la sua riflessione sulle criticità dell'elaborazione giudiziaria del passato lo ha portato a interrogarsi continuamente su alcune delle grandi questioni della filosofia giuridica e politica del suo tempo: il rapporto tra diritto naturale e diritto positivo, la relazione tra strutture sociali e storicità del diritto, i limiti dell'obbligazione politica e la legittimità della resistenza, la natura e la funzione della pena ⁽¹¹⁾.

2. Dalla « Weimar migliore » alla Repubblica dell'oblio.

Nato a Stoccarda il 16 luglio 1903, da una *famiglia* di commercianti ebrei assimilati, Bauer s'iscrive giovanissimo (nel 1920) alla SPD, studia giurisprudenza nelle Università di Tubinga, Monaco e Heidelberg, si addottora precocemente e altrettanto precocemente entra in magistratura (nel 1927). In una conferenza del 1955 avrebbe raccontato come la sua vera iniziazione al diritto era avvenuta, nell'ambiente liberale dell'Università di Heidelberg, leggendo e portando con sé, nelle passeggiate nei boschi intorno al castello, la *Einführung in die Rechtswissenschaft* di Gustav Radbruch

⁽¹⁰⁾ Un'accurata biografia di Fritz Bauer si deve alla penna di un'allieva di Hans Mommsen, I. WOJAK, *Fritz Bauer 1903-1968. Eine Biographie*, München, Beck, 2009. Per il segmento francofortese della sua vita anche M. MEUSCH, *Von der Diktatur zur Demokratie. Fritz Bauer und die Aufarbeitung der NS-Verbrechen in Hessen (1956-1968)*, Wiesbaden, Historische Kommission für Nassau, 2001. Più divulgativo R. STEINKE, *Fritz Bauer oder Auschwitz vor Gericht*, München, Piper, 2013. Per un primo sintetico profilo I. STAFF, *Fritz Bauer (1903-1968). „Im Kampf um des Menschen Rechte“*, in *Streitbare Juristen. Eine andere Tradition*, Kritische Justiz (Hg.), Baden-Baden, Nomos, 1988, pp. 440-50. Un'ottima monografia è C. FRÖHLICH, *„Wider die Tabuisierung des Ungehorsams“*. *Fritz Bauers Widerstandsbegriff und die Aufarbeitung von NS-Verbrechen*, Frankfurt a. M., Campus, 2006.

⁽¹¹⁾ Una raccolta dei suoi scritti più significativi in *Die Humanität der Rechtsordnung. Ausgewählte Schriften*, a cura di J. Perels e I. Wojak, Frankfurt a. M., Campus, 1998 (di seguito HR). Una raccolta completa della sua intensa attività pubblicistica (collaborazioni a giornali, interviste e conferenze) è ora nei due imponenti volumi (per 1.850 pp.) curati da Lena Foljanty e David Johst, *Kleine Schriften*, vol. I (1921-1961), vol. II (1962-1969), Frankfurt/New York, Campus, 2018 (di seguito KS I e II). Questo testo è corredato dalla bibliografia completa degli scritti di Bauer alle pp. 1813-34. È disponibile anche un DVD: *Gespräche, Interviews und Reden. Aus den Fernseharchiven 1961-1968*, Berlin, Absolut Medien, 2014.

(che in quegli anni, impegnato nell'attività politica come ministro della giustizia socialdemocratico nei governi Wirth e Stresemann, non era ancora approdato a quell'Università) (12).

Dell'adesione alla visione del mondo del socialismo democratico è documento la sua tesi di dottorato, discussa con un docente di diritto dell'economia, Karl Geiler, sul tema dei cartelli industriali: in essa, da posizioni tipicamente socialdemocratiche, argomenta a favore di una terza via in economia — tra libero mercato e dirigismo statale — svolgendo una comparazione tra i sistemi economici tedesco, russo e americano (13). A partire da questo lavoro giovanile avrebbe sempre ritenuto le scelte di politica economica come i fattori decisivi della politica interna e internazionale. Non la pace cartaginese di Versailles e non la compressione dello spazio vitale, avrebbe scritto più tardi, ma la politica economica di Hitler era stato il principale fattore a spingere la Germania verso la guerra (14).

Ma ancor più del dibattito weimariano su capitalismo, socialismo e democrazia a segnare la sua biografia è la forte politicizzazione della giustizia negli anni della contrastata e poi fallita stabilizzazione repubblicana. Il milieu della sua formazione è infatti quello che vede l'assassinio rimasto impunito di Rosa Luxemburg e Karl Liebknecht, la repressione della Repubblica dei consigli, l'internamento dello scrittore e drammaturgo Ernst Toller, l'assassinio di Rathenau, i *Fememorde* perpetrati dalla destra revanchista, l'antemitismo nelle università, i processi politici che colpiscono pesantemente gli attivisti di sinistra e regolarmente assolvono quelli di destra. In particolare, i processi contro Kurt Tucholsky (avevano fatto scandalo la sua serie *Militaria* nella *Weltbühne* come anche gli articoli *Deutsche Richter*) e contro Carl von Ossietzky (il *Weltbühneprozess* fu il più spettacolare dei processi istruiti contro l'antimilitarismo dei democratici radicali di Weimar; Ossietzky fu accusato di aver divulgato notizie relative al riarmo della Germania e condan-

(12) *Im Kampf um des Menschen Rechte* (1955), in HR (KS I, pp. 446-56), p. 41.

(13) *Die rechtliche Struktur der Truste. Ein Beitrag zur Organisation der wirtschaftlichen Zusammenschlüsse in Deutschland unter vergleichender Heranziehung der Trustformen in den Vereinigten Staaten von Amerika und Russland*, Mannheim, Bensheimer, 1927. Cfr., sulla sua concezione della *terza via*, STEINKE, *Fritz Bauer*, cit., p. 72.

(14) *Die Kriegsverbrecher vor Gericht*, cit., p. 206.

nato nel 1931 per spionaggio e tradimento) furono eventi destinati a segnare durevolmente lo scetticismo di una generazione nei confronti dell'imparzialità della giustizia. Fu probabilmente questa linea antimilitarista e antinazionalista ad impedirgli, come ad altri ebrei tedeschi della sua generazione, di aderire al sionismo ⁽¹⁵⁾.

Non si deve dimenticare che nel 1925 era nata l'associazione dei magistrati repubblicani (*Republikanischer Richterbund*), che voleva rimediare alla miseria di « una repubblica senza giudici repubblicani », e che si era data come organo la rivista « Die Justiz », che uscì fino al 1933 avendo come interesse primario la politica del diritto. Attorno ad essa si coagulò il lavoro di un gruppo di giuristi socialdemocratici che avrebbe scritto una pagina importante nella storia intellettuale e politica del Novecento: Hugo Sinzheimer, Franz Neumann, Otto Kirchheimer, Ernst Fraenkel, accomunati, come ha ricordato proprio Kirchheimer (autore dell'opera fondamentale sulla giustizia politica) in uno scritto apparso postumo, dalla convinzione che la magistratura di Weimar operava in una repubblica ma non era una magistratura leale verso i valori repubblicani ⁽¹⁶⁾.

Fra i nomi che in quel saggio retrospettivo Kirchheimer annovera tra i misuratori della febbre della giustizia politica weimariana, accanto a quelli di Gustav Radbruch e Hermann Kantorowicz, c'è quello di Emil Julius Gumbel, un docente di statistica che si distinse per il suo pacifismo radicale, e che per questo fu considerato, da una furibonda campagna nazionalista, un traditore. Pur senza essere mai stato marxista, Gumbel aveva aderito all'USPD nel 1917, poco dopo la sua fondazione, su posizioni vicine a Liebknecht; e all'indomani

⁽¹⁵⁾ Essenziale per la ricostruzione di questa stagione resta il volume di H. HANNOVER, E. HANNOVER-DRÜCK, *Politische Justiz 1918-1933*, con una premessa di K.-D. Bracher, Frankfurt a. M., Fischer, 1966.

⁽¹⁶⁾ H. SINZHEIMER, E. FRAENKEL, *Die Justiz in der Weimarer Republik. Eine Chronik*, h. v. Thilo Ramm, Neuwied-Berlin, Luchterhand, 1968, p. 7. Kirchheimer nella introduzione (pp. 7-15) mette bene in luce il contrasto tra la cronaca apparentemente asettica che la *Deutsche Juristenzeitung* aveva dal 1912 affidato all'avvocato Max Hachenburg e quella politicamente impegnata di questi due autori. Sinzheimer, che nell'esilio olandese pubblica *Jüdische Klassiker der deutschen Rechtswissenschaft* (1938), esercita in quegli anni il ruolo di preminente guardiano del diritto. Sulla rivista *Die Justiz*, con la sua costante polemica antiformalistica e il richiamo alla dimensione umana del diritto, nella formazione di Bauer: cfr. *Die „ungesübnte Nazijustiz“* (1960), in HR, p. 134.

dell'armistizio aveva tenuto una conferenza e pubblicata una documentazione sulle menzogne tedesche, argomentando che, sulla questione della colpa, andava distinto il popolo ingannato e le *élites* ingannatrici, che avrebbero dovuto per questo pagare. In seguito si sarebbe impegnato a documentare gli omicidi politici (i cosiddetti *Fememorde*) commessi dalla destra revanscista e nei confronti dei quali la magistratura si stava mostrando scandalosamente indulgente⁽¹⁷⁾. A lui, con tutta evidenza, si riferirà Bauer parlando nel saggio *Die « ungesübnte Nazijustiz »* (1960) di « legalizzazione dell'omicidio politico »⁽¹⁸⁾.

Sarebbe stata la pessima prestazione in materia di indipendenza e imparzialità di gran parte del potere giudiziario weimariano, documentata dagli scritti di Gumbel e da tanti altri critici della politicizzazione a senso unico della giustizia, a indurlo a mettere da parte ogni velleità di carriera accademica e a optare per la magistratura, convinto che occorresse contrastare la deriva politica che minacciava la repubblica, seguendo in questo proprio l'appello di Radbruch, che da ministro della giustizia non aveva mancato di sottolineare l'esigenza di un adeguamento ideologico della corporazione giudiziaria ai principi normativi del nuovo ordine costituzionale⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁷⁾ Si vedano i testi raccolti in *Emil Gumbel. Portrait eines Zivilisten*, C. Jansen (Hg.), Heidelberg, Wunderhorn, 1991, pp. 192-94 e inoltre E. GUMBEL, *Vier Jahre politischer Mord und Denkschrift des Reichsjustizministers zu "Vier Jahre politischer Mord"* (1922), Heidelberg, Das Wunderhorn, 1980. Cfr. A.D. BRENNER, *Emil J. Gumbel. Weimar German Pacifist and Professor*, Boston, Brill Academic Publishers, 2001. Sullo scandalo suscitato dalla sua commemorazione dei combattenti segnati dal *disonore* di una guerra macchiata da tanti crimini e sulla reazione dell'accademia va ricordato l'articolo di G. RADBRUCH, *Der Fall Gumbel* (1925), in Id., *Gesamtausgabe*, vol. 12, *Politische Schriften aus der Weimarer Zeit I. Demokratie, Sozialdemokratie, Justiz*, Heidelberg, Müller, 1992, pp. 76-78.

⁽¹⁸⁾ *Ungesübnte Nazijustiz*, cit., p. 134.

⁽¹⁹⁾ Sugli scritti politici e la pubblicistica di questo eminente filosofo del diritto cfr. RADBRUCH, *Politische Schriften aus der Weimarer Zeit I. Demokratie, Sozialdemokratie, Justiz*, cit.; M.A. WIEGAND, *Unrichtiges Recht. Gustav Radbruchs rechtsphilosophische Parteienlehre*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2004; M. KLEIN, *Demokratisches Denken bei Gustav Radbruch*, Berlin, Berliner Wissenschaftsverlag, 2007.

3. *La resistenza e l'esilio.*

La biografia di Bauer testimonia come fin da principio egli fosse rimasto coinvolto nella spirale della giustizia politica di Weimar. Divenuto giovanissimo pretore nella sua città natale (dove Kurt Schumacher, anch'egli giurista, è già diventato il capo indiscusso del partito ⁽²⁰⁾), si fece presto conoscere come un magistrato politicamente impegnato, tra i fondatori appunto della *Lega dei giudici repubblicani*, e in quella sede unico magistrato iscritto alla SPD (oltreché presidente del gruppo locale del *Reichsbanner Schwarz-Rot-Gold*, il fronte fondato nel 1924 da SPD, *Zentrum* e DDP a tutela della repubblica). Questa militanza non tardò a procurargli attacchi dalla locale stampa nazista, ormai scatenata nella « mobilitazione totale della stupidità » — in particolare, nel giugno 1931, quello del redattore capo del *NS-Kurier* di Stoccarda, Adolf Gerlach, che lo accusò di fare uno sfrontato uso politico della giustizia, divulgando atti giudiziari coperti dal segreto, passandoli alla stampa del suo partito; Bauer querelò per diffamazione, e il tribunale gli dette ragione, ma la conseguenza fu il suo trasferimento dalla sezione penale a quella civile ⁽²¹⁾. Quando nel marzo 1933 divenne capo della polizia a Stoccarda il comandante della squadra locale delle SA, Jagow, egli venne arrestato, finendo (per otto mesi) nel campo di detenzione di Heuberg insieme a Kurt Schumacher (che invece in vari Lager sarebbe rimasto fino al 1945).

La sua fortuna fu poi di essere destinato a un carcere di Ulm, perché questo era amministrato da funzionari di polizia che facevano fatica a comprendere come un giudice potesse essere imprigionato in base alla sua appartenenza politica, per cui gli assegnarono una funzione che gli consentì di tornare in possesso del passaporto che gli era stato requisito. Per la liberazione dovette comunque firmare, con altri socialdemocratici, una dichiarazione di sottomissione e di lealtà al regime. Seguirono i giorni più difficili, fino alla forzata emigrazione in Danimarca nel marzo 1936, dopo essere stato arrestato ancora una volta per un giorno, a scopo d'intimidazione, nel febbraio di quell'anno. Alla stazione di Stoccarda a prendere con-

(20) Cfr. V. SCHÖBER, *Der junge Kurt Schumacher 1895-1933*, Bonn, Dietz, 2000.

(21) WOJAK, *Fritz Bauer 1903-1968*, cit.; STEINKE, *Fritz Bauer*, cit., p. 77 e ss.

gedo da lui è un altro futuro protagonista della rinascita socialdemocratica del secondo dopoguerra, anch'egli già allievo del *Karls-Gymnasium* di Stoccarda e poi eminente giurista (e dal 1949 al 1972 membro del *Bundestag*), Carlo Schmid ⁽²²⁾.

Fanno seguito anni segnati dalle esperienze comuni agli emigrati vittime delle persecuzioni naziste: in primo luogo lo status di apolide e poi la difficoltà di trovare lavoro, che aggira facendo da rappresentante di aziende tessili tedesche, la precaria occupazione come corrispondente (fino alla sua soppressione nel 1938) della « *C.V.-Zeitung* », organo di stampa del *Central-Verein deutscher Staatsbürger jüdischen Glaubens*; la richiesta di aiuto all'Istituto francofortese di Horkheimer, nel frattempo trapiantato negli Stati Uniti, non dà frutto, il che gli preclude la possibilità di trovare una collocazione accademica. A garantirgli la possibilità del soggiorno è il matrimonio con una militante socialista danese, un matrimonio di facciata (Bauer è omosessuale, e per questo oggetto di attenzione particolare da parte della polizia ⁽²³⁾). Con l'occupazione nazista, l'11 settembre 1940 viene nuovamente internato in un campo danese (Horserød), da cui viene rilasciato il 4 dicembre, poi ancora arrestato per una settimana nel giugno '41. Nella notte del 13 ottobre 1943, traghettato con i genitori e la famiglia della sorella da un peschereccio, approda come molti altri profughi in Svezia (nell'autunno ne arrivano 7000 dalla Danimarca), dignitosamente accolto nel Grand Hotel a Moelle ⁽²⁴⁾. Nonostante le leggi razziali che li avevano colpiti in patria, anche in Svezia gli ebrei sono classificati profughi economici: solo lentamente la politica svedese si fa più accogliente (mentre fino al 1942 la legislazione sugli stranieri colpisce duramente comunisti e socialisti: ne fa esperienza un'altra eminente personalità della SPD del secondo dopoguerra, Herbert Wehner). In Svezia trova comunque lavoro come assistente nell'ar-

⁽²²⁾ Cfr. P. WEBER, *Carlo Schmid, 1896-1979. Eine Biographie*, München, Beck, 1996.

⁽²³⁾ STEINKE, *Fritz Bauer*, cit., p. 25.

⁽²⁴⁾ Sul periodo dell'esilio danese e svedese WOJAK, *Fritz Bauer 1903-1968*, cit., pp. 123-184. Va menzionato qui il contesto dell'opposizione condotta dalle autorità danesi alla deportazione degli ebrei e l'organizzazione dell'esodo verso la Svezia, su cui R. HILBERG, *La distruzione degli Ebrei d'Europa*, Torino, Einaudi, 1999, pp. 586-95.

chivio dell'Università di Stoccolma, il che gli consente di riprendere gli studi e l'attività pubblicistica: importante è qui l'incontro con Willy Brandt, col quale (e con Willi Seifert) fonda la rivista « *Sozialistische Tribüne* », di cui diventa capo redattore (25).

Il ritorno in Danimarca ha luogo il 7 giugno 1945. Subito riprende la sua attività pubblicistica nelle « *Deutsche Nachrichten* », distinguendosi ancora come un « redattore politico » di talento (26). Inizia in questi anni a definirsi con chiarezza quell'obiettivo che sarebbe divenuto, come giustamente è stato osservato, il filo conduttore di una battaglia che sarebbe continuata dall'interno delle istituzioni: la delegittimazione operata con argomenti giuridici dello Stato nazista (27). A questa breve stagione di impegno politico dall'esilio avrebbe fatto seguito la decisione di rientrare in Germania. In un'intervista del 1963, alla domanda sul perché avesse deciso di tornare, avrebbe risposto: « Già una volta la democrazia tedesca era andata in malora per mancanza di democratici. Io volevo essere uno di quelli » (28). Ma il clima che Bauer tornato dall'esilio avrebbe trovato nella Repubblica federale sarebbe stato assai meno ricettivo di quello che aveva sperato. E lo avrebbe indotto a parlare il meno possibile del suo passato e della sua identità di ebreo (29).

4. *I crimini internazionali.*

A una seconda monografia pubblicata in Danimarca sull'etica del capitalismo, Bauer fa seguire, nel 1944 in versione svedese e nel 1945 in edizione tedesca, un libro pionieristico sulle emergenti

(25) Sull'impegno politico e pubblicistico in Svezia WOJAK, *Fritz Bauer 1903-1968*, cit., p. 166 e ss.

(26) Sui suoi rapporti con Schumacher e Brandt nella stagione del dopoguerra ancora Wojak, *ivi*, p. 217 e ss.

(27) L. FOLJANTY, D. JOHST, *Einleitung a KS I*, p. 33.

(28) La cit. in FRÖHLICH, « *Wider die Tabuisierung des Ungeborsams* », cit., p. 132. Sulle ragioni del ritorno si veda anche l'intervista ora riportata in KS II, pp. 933-34.

(29) Dal 1949 come motivo della sua emigrazione avrebbe sempre solo addotto: persecuzione politica. Alla domanda se ebreo rispondeva: « Nell'accezione delle leggi di Norimberga: Sì » (STEINKE, *Fritz Bauer*, cit., pp. 30 e 32). Sul clima politico che gli emigrati incontrano al loro rientro si vedano i saggi raccolti in *Rückkehr in Feindesland?*, cit.

questioni del diritto penale internazionale: *Kriegsverbrecher vor Gericht* — un'opera che merita ancor oggi una lettura. Dopo l'inconcludente, e per molti versi controproducente, tentativo di Versailles, tornava infatti a porsi la questione del come processare i criminali di guerra ⁽³⁰⁾. In questo lavoro, coevo al libro in cui un altro emigrato di origine ebraica (che era di recente passato per la Svezia), Raphael Lemkin, aveva introdotto nel lessico giuridico e politico il termine « genocidio » ⁽³¹⁾, compaiono già i concetti cardine della trattatistica sulla giustizia penale internazionale, per quanto concerne la definizione dei crimini di natura politica e la loro punibilità. Individuati i problemi che gravano sulla giurisdizione territoriale in materia di crimini politici quali quelli che il Tribunale militare internazionale si sarebbe trovato ad affrontare, la riflessione di Bauer si muove esplorando potenzialità e limiti di una giurisdizione penale universale, in virtù della quale a ogni Stato dovrebbe essere attribuita la facoltà di giudicare individui che abbiano commesso crimini internazionali. Vi si trova infine l'idea che guiderà il suo lavoro di instancabile iniziatore di azioni giudiziarie contro i responsabili dei crimini di regime: la tesi cioè che gli imputati nei processi che ci si appresta a celebrare sono solo un mezzo per conseguire un « fine superiore », quello della riaffermazione del diritto ⁽³²⁾. La ricostruzione si conclude infatti anticipando quello che sarebbe stato il programma della sua futura attività di magistrato: « Il popolo tedesco abbisogna di una lezione in materia di diritto internazionale ».

Nel libro sono definiti (a partire dalla dichiarazione del 13 gennaio 1942, in cui nove paesi occupati dai nazisti formulavano per la prima volta la richiesta di condannare i responsabili dei crimini di

⁽³⁰⁾ *Kriegsförbrytarna inför domstol* (1944), che appare anche in un'edizione danese con prefazione di Stephan Hurwitz, il delegato scandinavo alla *War Crime Commission*, e poi come *Die Kriegsverbrecher vor Gericht* (1945), con una postfazione del Prof. H.F. Pfenninger: il libro fu presentato a un incontro del *Freier Deutscher Kulturbund* il 9 novembre 1944, e ne diede conto la rivista « Politische Information », n. 22, 15/11/1944 (WOJAK, *Fritz Bauer 1903-1968*, cit., p. 179 e ss.).

⁽³¹⁾ Su questo autore devo rimandare al mio *Raphael Lemkin e il genocidio: sociologia giuridica e diritto penale internazionale*, in « Materiali per una storia della cultura giuridica », 48 (2018), 1, pp. 65-89.

⁽³²⁾ *Die Kriegsverbrecher vor Gericht*, cit., p. 205.

guerra, e poi dall'accordo del 20 ottobre 1943 e dalla conferenza di Mosca del seguente 1° novembre) i termini del problema che avrebbe trovato una soluzione storicamente innovativa, anche se non scevra di difficoltà, nel processo di Norimberga. Alla trattazione dettagliata dei diversi aspetti della questione giuridica è premesso un *excursus* storico che sintetizza nei suoi tratti essenziali il multisecolare dibattito in materia di *ius ad bellum* e di *ius in bello*, in particolare la giurisprudenza sui crimini di guerra⁽³³⁾, fino a giungere alla dottrina nazionalsocialista con la sua negazione radicale del concetto di colpa in guerra (ricostruita sulla base di un'attenta ricognizione della letteratura, a partire dalla critica schmittiana alla concezione discriminatoria della guerra). L'analisi culmina in una requisitoria contro il machiavellismo internazionalistico (che identifica potere e diritto) e la concezione della guerra totale, inconciliabili con i capisaldi della Convenzione dell'Aja, che aveva tentato di raggiungere un compromesso tra le necessità militari e i principi dell'umanità⁽³⁴⁾.

Contro l'avversione tedesca per la guerra di popolo e per la guerra partigiana⁽³⁵⁾, la registrazione dei progressi compiuti dal

(33) Ivi, p. 39 e ss.: Prima di rivolgere la sua attenzione ai dibattiti successivi alla prima guerra mondiale, Bauer menziona due casi di processi per crimini di guerra durante la guerra di secessione americana. Il processo ad uno dei due comandanti del campo di prigionia di Andersonville, il più famigerato anche se non il peggiore campo della Confederazione: Henry Wirz, che si era vantato di uccidere in quel luogo più americani del generale Lee al fronte (nel giro di 7 mesi morì un terzo dei prigionieri), alla fine della guerra è processato davanti a un tribunale militare (dei vincitori) come responsabile dei soprusi nei campi d'internamento e per l'uccisione di prigionieri, e condannato a morte per impiccagione. L'altro processo è contro Champ Ferguson, accusato di aver ucciso 53 persone, feriti e prigionieri di guerra; condannato dal tribunale militare di Nashville e impiccato. Cfr. D.M. SEGESSER, *Recht statt Rache oder Rache durch Recht? Die Abndung von Kriegsverbrechen in der internationalen wissenschaftlichen Debatte 1872-1945*, Paderborn, Schöningh, 2010, p. 85.

(34) La definizione di *aussenpolitischer Machiavellismus* è in *Die Kriegsverbrecher vor Gericht*, cit., p. 93. Sulla teoria della *Kriegsräson* come specifica invenzione tedesca, a partire da Clausewitz, p. 98 e ss. Sul *Kleinkrieg* come guerra partigiana p. 110 e ss. Cfr. *Vom Recht der Macht zur Macht des Rechts?*, F. Neubacher, A. Klein (Hg.), Berlin, Duncker & Humblot, 2006.

(35) *Die Kriegsverbrecher vor Gericht*, cit., p. 94 e ss. Cfr. V. REUSS, *Zivilcourage als Strafzweck des Völkerstrafrechts. Was bedeutet Generalprävention in der globalen Zivilgesellschaft?*, Münster, Lit, 2012.

diritto internazionale serve poi all'autore per legittimare il diritto di resistenza dei popoli contro le aggressioni straniere e per criticare la dottrina che imputa al diritto internazionale umanitario l'artificiosa costruzione della categoria di crimine di guerra. Sulla punizione dei crimini in oggetto non vengono sottovalutate le asperità e le insidie sul cammino di una giurisdizione penale internazionale. Già in questo lavoro si analizzano con grande lucidità, considerandoli una costante storica, gli argomenti che sarebbero serviti alla strategia difensiva dei criminali di guerra: i superiori nell'esercizio del potere sovrano si appellano al principio di immunità, i subordinati invece al principio dell'obbedienza dovuta ai comandi dei detentori di quel potere. E si rileva come in realtà il diritto tedesco non avesse mai riconosciuto l'immunità del sovrano straniero in caso di guerra e nemmeno il postulato dell'insindacabilità del comportamento dei subordinati, quando questo venisse a violare le più elementari norme del diritto penale ⁽³⁶⁾.

Bauer non ha difficoltà ad ammettere che gli alleati si apprestano a giudicare i vinti violando il principio che vieta di essere giudice in causa propria: ma, cresciuto alla scuola giuridica della socialdemocrazia di Weimar, come prima si diceva, non esita ad affermare che questo accade in molte controversie giuridiche di carattere interno (la legislazione e la giurisdizione risultano sempre, sostiene, condizionate dai rapporti sociali di potere) ⁽³⁷⁾. Rileva inoltre che gli alleati, istruiti dalla farsa dei processi di Lipsia all'indomani della prima guerra mondiale, hanno diritto a essere diffidenti nei confronti della volontà tedesca di processare i crimini della dittatura; anzi possono addirittura temere una politica di più o meno generalizzate amnistie. Dal resoconto dei crimini commessi nel corso della seconda guerra mondiale trae piuttosto la conclusione che in sede di giurisdizione non può essere indifferente se a

⁽³⁶⁾ *Die Kriegsverbrecher vor Gericht*, cit., pp. 153 e 158.

⁽³⁷⁾ Ivi, p. 84. Per il quadro generale dei contributi pionieristici sul tema, a partire dal saggio di H. LAUTERPACHT, *The Law of Nations and the Punishments of War Crimes* (1944), cfr. *Perspectives on the Nuremberg Trial*, cit. Specificamente sull'apporto di Neumann: J. PERELS, *Die Konzeption der Nürnberger Prozesse. Der Beitrag Franz L. Neumanns*, in ID., *Entsorgung der NS-Herrschaft? Konfliktlinien im Umgang mit dem Hitler-Regime*, Hannover, Offizin, 2004, pp. 93-105.

commetterli siano stati i nazisti o i loro nemici (come nel caso del bombardamento di Dresda), considerato che i crimini dei primi sono stati commessi per convinzione ideologica e non solo per ottemperare agli ordini (38).

Un'attenta disamina è riservata a discutere la questione della colpa, storica, morale e giuridica, approdando alla critica del concetto di colpa collettiva (che equivarrebbe a compensare l'indulgenza verso i pesci grandi con l'accanimento verso i pesci piccoli). Quello che si appresta a essere celebrato a Norimberga è un processo volto a sancire la vittoria del diritto vigente sul diritto rivoluzionario (rispetto ai rapporti internazionali) di cui i nazisti si erano fatti portatori. Sul principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* prende in seria considerazione la posizione di Vilhelm Lundstedt (di cui pur non condivide il rifiuto del diritto internazionale), secondo cui quel principio vale solo per un sistema giuridico entro il quale si dia un diritto penale ordinato e coerente. Quello che Bauer mostra di temere è la sinergia tra l'argomento della giurisdizione territoriale e il principio *nulla poena*, contro cui può avere efficacia solo un nuovo diritto o una pura imposizione di potere; si dà però ancora una possibilità di risolvere la questione, facendo ricorso al diritto di polizia internazionale, che garantisce un diritto alla difesa sociale: l'importanza del diritto di polizia aumenta infatti in proporzione alle lacune del sistema giuridico (39).

Fra i testimoni che assistettero al processo di Norimberga in qualità di inviato di un giornale norvegese fu un giovane e già autorevole esponente della SPD, di cui Bauer, come si è detto, aveva fatto la conoscenza proprio durante il comune esilio svedese: Willy Brandt. Non è difficile immaginare che a quell'appuntamento Brandt si fosse recato avendo nel suo bagaglio — e i *reportages* che avrebbe pubblicato lo dimostrano — il volume chiarificatore di Bauer (40). Non è un

(38) *Die Kriegsverbrecher vor Gericht*, cit., p. 164.

(39) Ivi, p. 170 e ss. V. Lundstedt, alla cui opera *Principinledning. Kritik av straffrättens grundskadningar* (1920) ci si riferisce, era un allievo di Hägerström. Sulla questione della colpa, pp. 50 e 152.

(40) Il *reportage* sull'immediato dopoguerra tedesco apparve a Oslo nel 1946 ed è stato recentemente ristampato: W. BRANDT, *Verbrecher und andere Deutsche. Ein Bericht aus Deutschland 1946*, a cura di E. Lorenz, Bonn, Dietz, 2008.

caso che negli anni seguenti, con la ripresa dell'attività pubblicistica di Bauer in Danimarca, il rapporto tra i due si sarebbe ulteriormente consolidato.

5. *Umanesimo e diritto: una toga rossa da Braunschweig a Francoforte.*

Il primo rientro in Germania a scopo esplorativo avviene nell'estate 1948 (la sua vecchia conoscenza, dagli anni di Stoccarda e dal periodo di internamento nel Lager di Heuberg, Kurt Schumacher, gli ha procurato tra non poche difficoltà i documenti), ma il reintegro nella sua precedente funzione non sarà immediato: solo nella primavera del 1949, dopo l'opposizione ministeriale a un suo incarico sia nel Württemberg che in Bassa Sassonia, Bauer prenderà servizio a Braunschweig come presidente del tribunale del *Land* (*Landgerichtsdirektor*), per assumere l'anno seguente il ruolo di procuratore generale (*Generalstaatsanwalt*) presso la Corte d'appello della stessa città, dando così inizio alla sua attività in un sistema giudiziario inquinato dai retaggi del nazionalsocialismo ⁽⁴¹⁾. La decisione del ritorno è conseguente alla maturata riflessione sulla scarsa efficacia di un'elaborazione giudiziaria del passato confinata alla dimensione del diritto internazionale.

La rigenerazione doveva avvenire dall'interno. Anche su questo fronte, a dire il vero, il disincantamento non avrebbe tardato a manifestarsi, e ne sarebbe stata piena testimonianza un saggio del 1960, *Die "ungesübnte Nazijustiz"* ⁽⁴²⁾. Bauer non avrebbe infatti tardato a rendersi conto di come la Germania non potesse certo dirsi

⁽⁴¹⁾ Sul periodo di Braunschweig (1949-1956) v. WOJAK, *Fritz Bauer 1903-1968*, cit., pp. 244-64. Sulla continuità dell'apparato ministeriale e giudiziario H. ROTTLEUTHNER, *Karrieren und Kontinuitäten deutscher Juristen vor und nach 1945*, Berlin, Duncker & Humblot, 2010.

⁽⁴²⁾ Il titolo faceva riferimento a un'esposizione documentaria organizzata nel 1959 dal *Sozialistischer Deutscher Studentenbund* (SDS), su cui S.A. GLIENCKE, *Die Ausstellung "ungesübnte Nazijustiz" (1959-1962). Zur Geschichte der Aufarbeitung nationalsozialistischer Justizverbrechen*, Baden-Baden, Nomos, 2008. Per una dettagliata ricostruzione del contesto, in lingua italiana, M. PONSO, *Processi, riparazioni, memorie. L'"elaborazione del passato" nella Germania postnazista e postcomunista*, Milano, Mimesis, 2015.

denazificata in virtù del fatto che alcune centinaia fra i peggiori criminali erano stati condannati o qualche funzionario allontanato definitivamente dall'amministrazione pubblica. Il bilancio della denazificazione apparve, dopo che gli alleati ebbero restituito al governo la sua sovranità giudiziaria, estremamente deludente. Rispetto a una stima di 200-250.000 tedeschi (e austriaci) coinvolti nell'organizzazione e nell'esecuzione dello sterminio, per alcune decine di migliaia dei quali esistevano i presupposti concreti per l'incriminazione, i tribunali tedesco-occidentali pronunciarono non più di 500 condanne⁽⁴³⁾. E alla base di questa indulgenza era senza dubbio il fatto che a giudicare su quei crimini erano magistrati che in maggioranza erano stati iscritti alla NSDAP — e di questi ben pochi avevano accolto l'offerta dei governi dei *Länder* di lasciare anticipatamente e volontariamente il servizio⁽⁴⁴⁾. Dei circa 3.000 componenti delle magistrature militari della *Wehrmacht* nessuno era stato chiamato a rendere conto del suo operato davanti a un tribunale della BRD (ed uno solo, il giudice dello Stato maggiore generale Dr. Rudolf Lehmann, era stato condannato a Norimberga nel cosiddetto *Oberkommandowehrmacht-Prozess* a 7 anni di detenzione e già rimesso in libertà nel 1950)⁽⁴⁵⁾. Dei funzionari del *Bundeskriminalamt* federale 33 su 47 funzionari erano ex SS.

(43) Cfr. N. FREI, *Vergangenheitspolitik. Die Anfänge der Bundesrepublik und die NS-Vergangenheit*, München, Beck, 1996 e per una sintesi Id., *La discussione sul nazionalsocialismo in Germania dal 1945 al 2000*, in *Italia e Germania 1945-2000. La costruzione dell'Europa*, G.E. Rusconi, H. Woller (a cura di), Bologna, il Mulino 2005, pp. 61-73; M. VON MIQUEL, *Abnden oder amnestieren? Westdeutsche Justiz und Vergangenheitspolitik in den sechziger Jahren*, Göttingen, Wallstein, 2004. Dal 1945 al 2005 nella BRD i procedimenti sono 36.000, ma solo in 204 casi i giudici condannano per omicidio e in 166 casi si ha una condanna all'ergastolo: A. EICHMÜLLER, *Die Strafverfolgung von NS-Verbrechen durch westdeutsche Justizbehörden seit 1945. Eine Zahlenbilanz*, in « Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte », 2008, p. 621 e ss.

(44) Cfr. A. BAUERKÄMPER, *Das umstrittene Gedächtnis. Die Erinnerung an Nationalsozialismus, Faschismus und Krieg in Europa seit 1945*, Paderborn, Schöningh, 2012, p. 123. Su 14.500 giudici e pubblici ministeri che avrebbero potuto avvalersi della norma del maggio 1961 che agevolava il prepensionamento di coloro che prima del 1945 avessero comminato condanne a morte disumane, solo 135 lasciarono il servizio (WOJAK, *Fritz Bauer 1903-1968*, cit., p. 374).

(45) H. KRAMER, *Die versäumte juristische Verarbeitung der Wehrmachtjustiz, in Recht ist, was den Waffen nützt. Justiz und Pazifismus im 20. Jahrhundert*, H. Kramer, W. Wette (Hg.), Berlin, Aufbau-Verlag, 2004, p. 221. Ma per un bilancio complessivo:

Poteva essere comprensibile che, nel primo decennio dalla conclusione del conflitto, l'esigenza di ricostituire numericamente delle *élites* funzionali decimate dalla guerra ed epurate dalla denazificazione degli alleati avesse indotto un governo normalizzatore a optare per una « politica dell'amnistia ». Più difficile da accettare risultava, agli occhi di qualsiasi spettatore consapevole che alle condizioni emergenziali del dopoguerra era subentrata una società del benessere e un regime democratico, il fatto che si continuasse a tollerare anche nelle istituzioni una significativa residua presenza di soggetti compromessi con il regime. Per porre rimedio all'inevitabile fallimento della denazificazione giudiziaria, sarebbe stata necessaria nell'immediato dopoguerra una rivoluzione culturale, quale quella auspicata da Karl Jaspers nel suo saggio sulla *Schuldfrage*, che però non aveva avuto luogo ⁽⁴⁶⁾. Solo a questo fine Bauer riteneva che l'elaborazione giudiziaria del passato potesse avere un ruolo — di supplenza, per così dire, rispetto a quello che la politica non era stata in grado di fare. Contro il modello che Herf ha definito della « democratizzazione attraverso reintegrazione » occorre liberare la democrazia dalla cappa del silenzio e dell'omertà ⁽⁴⁷⁾.

Sulla linea di Adolf Arndt, responsabile giuridico della SPD ⁽⁴⁸⁾, Bauer si oppone alla concezione autoritaria della democrazia e alla politica dell'amnistia di cui è fautore il presidente della Corte suprema federale (*Bundesgerichtshof*), Hermann Weinkauff ⁽⁴⁹⁾. Per farlo, avvia un lavoro volto a sfruttare le lacune e le

Transnationale Vergangenheitspolitik. Der Umgang mit deutschen Kriegsverbrechern in Europa nach dem zweiten Weltkrieg, N. Frei (Hg.), Göttingen, Wallstein, 2006.

⁽⁴⁶⁾ *Ungesübnte Nazijustiz*, cit., pp. 138-39. Cfr. K. JASPERS, *La questione della colpa. Sulla responsabilità politica della Germania*, Milano, Raffaello Cortina, 1996 e su quest'opera E. ALESSIATO, *Karl Jaspers e la politica. Dalle origini alla questione della colpa*, Napoli, Orthotes, 2012, p. 145 e ss.

⁽⁴⁷⁾ J. HERF, *Divided Memory. The Nazi Past in the Two Germanys*, Harvard University Press, 1997. Cfr. G. SCHWAN, *Politik und Schuld. Die zerstörerische Macht des Schweigens*, Frankfurt a. M., Fischer, 1997.

⁽⁴⁸⁾ I due si sarebbero trovati alleati anche nel corso del dibattito sulla prescrizione dei crimini del nazionalsocialismo, durante il quale Arndt tenne al Bundestag un celebre discorso. Cfr. D. GOSEWINKEL, *Adolf Arndt. Die Wiederbegründung des Rechtsstaats aus dem Geist der Sozialdemokratie (1945-1962)*, Bonn, Dietz, 1991.

⁽⁴⁹⁾ Cfr. D. HERBE, *Hermann Weinkauff (1894-1981). Der erste Präsident des Bundesgerichtshofs*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008. Sullo scontro tra Bauer e Weinkauff,

antinomie della normativa esistente. Siccome la Corte suprema federale aveva confermato la tesi dominante secondo la quale tribunali stranieri o delle forze d'occupazione non esercitavano alcuna giurisdizione sulla Germania, per cui, contraddicendo l'art. 7 del Trattato di transizione (*Überleitungsvertrag*) del 1955, le loro sentenze erano ignorate, diveniva legittimo sostenere il diritto dei tribunali tedeschi di avviare procedimenti nei confronti di imputati già condannati all'estero (aggirando così l'art. 103 del GG) ⁽⁵⁰⁾. Contro la prassi delle corti della BRD, che si limitavano ad avviare indagini e procedimenti su azioni commesse nelle circoscrizioni di loro competenza, senza indagare sui correi, si faceva d'altra parte valere che, dal maggio 1940, l'ordinamento giuridico tedesco aveva validità per azioni commesse da cittadini tedeschi entro o fuori i confini nazionali, per cui dopo il 1945 tali corti avrebbero potuto benissimo applicare quelle norme anche per crimini commessi al di fuori dei confini del *Reich* ⁽⁵¹⁾. Al centro della sua critica era poi soprattutto la prassi dei tribunali tedeschi di derubricare l'omicidio volontario a semplice concorso (*Beihilfe*), attribuendo così, in contrasto con la verità storica, a pochi criminali ai vertici del regime tutta la responsabilità dell'accaduto ⁽⁵²⁾.

Al periodo di Braunschweig, dove resta fino al 1956 in un clima di crescente ostilità, risale il suo primo processo (marzo 1952) destinato ad attirare l'attenzione del pubblico: il processo contro Otto Ernst Remer, il quale, come comandante del *Wachbataillon Grossdeutschland*, era stato incaricato della repressione del colpo di stato del 20 luglio. Attivo nel dopoguerra come agitatore e organizzatore del neonato (1949) Partito socialista del *Reich*, durante una sua adunanza Remer aveva diffamato come traditori i resistenti del

presidente del BGH dal 1950 al 1960, FRÖHLICH, "*Wider die Tabuisierung des Ungehorsams*", cit., pp. 173, 199 e ss.

⁽⁵⁰⁾ *Im Labyrinth der Kriegsverbrecher-Prozesse. Die unklare Rechtslage ermöglicht widerspruchsvolle Entscheidungen* (1961), in HR, pp. 143-48 (KS I, pp. 695-99).

⁽⁵¹⁾ *Im Namen des Volkes. Die Strafrechtliche Bewältigung der Vergangenheit* (1965), in HR, pp. 79-80.

⁽⁵²⁾ Cfr. J. PERELS, *Die Aushöhlung des Rechtsstaats durch die Umwandlung von NS-Tätern in Gehilfen*, in ID., *Recht und Autoritarismus. Beiträge zur Theorie realer Demokratie*, Baden-Baden, Nomos, 2009, pp. 86-101.

20 luglio, venendo querelato dal ministro degli interni della repubblica, Robert Lehr, che per la resistenza aveva simpatizzato e che nei primi anni della repubblica si era mostrato deciso oppositore dell'estremismo di destra ⁽⁵³⁾. Bauer, chiamando a testimoniare per l'accusa numerosi esperti, storici e teologi ⁽⁵⁴⁾, riesce a trasformare il processo in un'azione pubblica di riabilitazione del diritto di resistenza, in controtendenza rispetto a una prassi giurisprudenziale dura a morire, che assolveva regolarmente, in base all'argomento dell'inviolabile obbligazione al diritto vigente, anche chi aveva comminato sentenze di morte contro gli oppositori del regime ⁽⁵⁵⁾.

Ancora in quegli anni, un'opinione diffusa condannava i congiurati del 20 luglio come traditori, in quanto avevano violato il giuramento di fedeltà al *Führer*. Bauer argomentava per contro che quel giuramento era immorale e che quindi i resistenti non avevano commesso alcun illecito: il 20 luglio la guerra era ormai perduta e semmai era il popolo ad essere stato tradito dal suo governo: un popolo tradito non può essere vittima di alto tradimento, notava sarcasticamente, proprio come un morto non può essere ucciso da una pugnalata alle spalle. Citando una celebre scena del *Wilhelm Tell* schilleriano, Bauer statuiva: « Uno Stato-di-non-diritto (*Unrechtsstaat*) non è suscettibile di alto tradimento » ⁽⁵⁶⁾. Ma era ben

⁽⁵³⁾ Cfr. WOJAK, *Fritz Bauer 1903-1968*, cit., p. 265 e ss. e F. GRESS, H.-G. JASCHKE, *Politische Justiz gegen rechts: Der Remer-Prozess 1952 in paradigmatischer Perspektive*, in *Gegen Barbarei. Essays Robert M.W. Kempner zu Ehren*, R. Eisfeld, I. Müller (Hg.), Frankfurt a. M., Athenäum, 1989, pp. 453-78.

⁽⁵⁴⁾ Vedili in *Die im Braunschweiger Remerprozess erstatteten moraltheologischen und historischen Gutachten nebst Urteil*, H. Kraus (Hg.), Hamburg, Girardet, 1953, in particolare P.E. SCHRAMM, *Historisches Gutachten über die Kriegslage im Sommer 1944*, pp. 63-81 (lo storico svolse dal marzo 1943 per lo Stato maggiore sotto il gen. Jodl il compito di tenere il diario di guerra, ricevendo per questo anche rapporti riservati).

⁽⁵⁵⁾ Era il caso del processo contro lo *SS-Standartenführer* Walter Huppenkotten per le esecuzioni di Dietrich Bonhoeffer, Wilhelm Canaris, Hans von Dohnanyi e altri (pp. 267-68). Su tutto ciò v. C. FRÖHLICH, *Freispruch für Bonhoeffers Richter. Personelle Kontinuität als strukturelle Hypothek für die Rechtssprechung in der Bundesrepublik am Beispiel des NS-Juristen und Richters am BGH Ernst Mantel*, in *Mit reinem Gewissen. Wehrmachtstrichter in der Bundesrepublik und ihre Opfer*, J. Perels, W. Wette (Hg.), Berlin, Aufbau, 2011, pp. 241-61.

⁽⁵⁶⁾ Così in *Eine Grenze hat Tyrannenmacht. Plädoyer im Remer-Prozess* (in HR, pp. 169-79, ora in KS I, *Der Generalstaatsanwalt hat das Wort. Das Plädoyer des*

evidente qui la reminescenza dei dibattiti intorno ai processi contro i pacifisti di Weimar, cui sopra si è fatto cenno; nonché di quelli che avevano avuto per oggetto il conflitto tra legalità e legittimità.

La sua arringa poggiava su due argomenti, l'uno politico, l'altro giuridico: in base al primo si affermava che l'alto tradimento è punibile solo se non ha successo, ma nel caso della congiura si era trattato di un'isolata battaglia in una guerra che alla fine era stata vinta con l'instaurazione della democrazia, di cui la congiura aveva gettato il seme (57). In base al secondo, si sosteneva che «l'alto tradimento presuppone una costituzione legale», mentre il potere dei nazisti era un potere «usurato, mai legalizzato»: per la legge dei pieni poteri sarebbe stata necessaria una maggioranza dei due terzi, che i nazisti avevano ottenuto soltanto con un atto incostituzionale, dichiarando invalidi i seggi andati ai comunisti (anche volendo sostenere la tesi dell'incostituzionalità di quel partito anti-sistema, così argomentava, si sarebbe dovuto tornare al voto, concedendo al 12,3 % di elettori che avevano votato comunista di dare un'altra espressione alla loro opposizione) (58).

Nell'arringa del processo Bauer sottoponeva a un'analisi efficace l'intero ordinamento costituzionale della dittatura, argomentando in primo luogo che la legge del 1° agosto 1934 sulla fusione dei ruoli di presidente e cancelliere contraddiceva la legge dei pieni poteri, in cui si affermava che i poteri del presidente non venivano toccati. In secondo luogo, anche la legge sul giuramento dei funzionari e dei soldati, non avendo esplicitamente esentato dal giuramento di fedeltà alla *Weimarer Reichsverfassung* (in analogia alla decisione del *Kaiser*, che nel novembre 1918 aveva esonerato i suoi sudditi dal giuramento di fedeltà all'Impero), lasciava sussistere un

Anklägers Dr. Bauer im Prozess gegen Remer, pp. 323-36), p. 177. Sul tema del diritto di resistenza in Bauer fondamentale la monografia di FRÖHLICH, "Wider die Tabuisierung des Ungehorsams", cit.: sul processo Remer pp. 31-128. La letteratura sulla resistenza è ormai sterminata: cfr. *Zivilcourage. Empörte, Helfer und Retter aus Wehrmacht, Polizei und SS*, W. Wette (Hg.), Frankfurt a. M., Fischer, 2003.

(57) Sulla punibilità del tradimento (e all'alto tradimento è ricondotta la rivoluzione, di cui il nazionalsocialismo voleva essere un'incarnazione) e sui processi ai criminali di guerra come processi per 'alto tradimento internazionale' già *Die Kriegsverbrecher vor Gericht*, cit., pp. 83-84.

(58) *Eine Grenze hat Tyrannenmacht*, cit.

dualismo di lealtà. Il giuramento di obbedienza incondizionata a Hitler, in terzo luogo, violava il § 47 del Codice penale militare, nel quale era detto esplicitamente che « un'azione punibile resta tale anche se commessa in esecuzione di un ordine ». Infine: nel maggio 1943 erano scaduti i termini di validità della legge dei pieni poteri, che venne invece prorogata, incostituzionalmente, da un semplice decreto del *Führer*.

Alla domanda se quella di Hitler fosse stata una rivoluzione riuscita, Bauer rispondeva ricorrendo all'argomento di uno dei padri del *Grundgesetz*, Hans Nawiasky: una rivoluzione, per dirsi riuscita, necessita di legittimazione popolare e questa richiede la libertà di voto, mentre per la Germania non si poteva certo parlare di consenso libero. In modo retoricamente efficace chiudeva l'arringa citando ancora Schiller e richiamando alla memoria una recita teatrale nel suo ginnasio di Stoccarda, di cui era stato allievo anche Claus Schenk von Stauffenberg (che nella sua scelta estrema si sarebbe sentito erede di quella *Karls-Schule*, in cui Schiller aveva scritto i *Masnadierei*): le parole pronunciate da Stauffacher nella celebre scena del *Tell* sarebbero divenute la guida per Stauffenberg e i suoi camerati del 20 luglio, « memori di quanto i nostri poeti e pensatori ci avevano insegnato, memori del nostro buon vecchio diritto germanico » (59).

È del 1956 l'approdo a Francoforte come Procuratore generale dell'Assia, chiamato dal presidente del consiglio del *Land*, il socialdemocratico Georg-August Zinn, che è anche ministro della giustizia, e dove da lui dipendono 199 tra pubblici ministeri e assessori (solo a Francoforte sono 4 i procuratori generali affiancati da altri 17 procuratori aggiunti), per cui può dispiegare un'attività investigativa a più ampio raggio, in conformità con la sua concezione della giurisdizione, neutrale sì ma non impolitica (60). Senza poter disporre di una così ampia infrastruttura giudiziaria il grande processo Auschwitz sarebbe stato impensabile; ma la potenza di fuoco del suo

(59) Ivi, p. 179.

(60) *Im Kampf um des Menschen Rechte*, cit., p. 39: « Die Verbindung von juristischer, auch richterlicher Tätigkeit mit politischer Arbeit ist mir nie widersinnig erschienen [...] Es gibt keinen politikleeren Raum. Der Jurist weiss, dass jedes Gesetz unvermeidbar Lücken hat, er muss sie schliessen ».

ufficio non deve ingannare. Il più che poteva sperare è che le altre Procure della repubblica non ostacolassero il suo lavoro; la stessa collaborazione con la *Zentrale Stelle der Landesjustizverwaltungen zur Aufklärung nationalsozialistischer Verbrechen* di Ludwigsburg si sarebbe rivelata difficoltosa ⁽⁶¹⁾. Alla fine si troverà a dire: « Quando lascio il mio ufficio, mi trovo in terra straniera e nemica » ⁽⁶²⁾. E non solo: quanto più il suo impegno investigativo assume contorni definiti, tanto più l'ostilità esterna cresce e anche nel palazzo si fa il vuoto attorno a lui.

Sempre più avvertita sarebbe stata nel corso degli anni l'esigenza di fare pulizia in casa propria, sull'onda di quelle rivelazioni che nel 1962 avrebbero costretto il procuratore generale federale Wolfgang Fränkel, già attivo come iscritto alla NSDAP nelle procure del *Reich*, a dimettersi a pochi mesi dalla nomina. I procedimenti contro magistrati nazionalsocialisti, innescati da denunce provenienti da pubblicazioni d'oltrecortina (in particolare della DDR) a partire dal 1957, stavano aprendo una breccia sul fronte della resistenza opposta dai ministeri e dalle alte gerarchie giudiziarie alla resa dei conti con il passato. Ed è su questo fronte che Bauer dà battaglia dalla sua munita postazione di Francoforte. La campagna contro i giudici nazisti, cui non dovrebbe essere riconosciuta l'immunità, è però difficile, in quanto per gli imputati deve essere accertata, in base all'art. 336 del Codice penale, che abbiano deliberatamente pronunciato sentenze in violazione del diritto. Continuava infatti a fare ostacolo la sentenza del 7 dicembre 1956 del

⁽⁶¹⁾ Cfr. *Mörder unter uns* (1958), in *HR*, pp. 97-100 (*KS I*, pp. 529-31). Cfr. RIESS, *Fritz Bauer und die Zentrale Stelle*, cit., pp. 131-49. Fin dai primi anni '50 aveva avvertito l'esigenza di un centro di coordinamento delle attività investigative sul sistema criminale nazionalsocialista, anche se intorno alla *Zentrale Stelle* aveva formulato riserve fin dalla fase della progettazione: 1) per la proposta di includere anche crimini commessi a danno dei tedeschi dai prigionieri e dai deportati nella fase immediatamente postbellica (la parificazione delle colpe); 2) per il conflitto di competenze e per i problemi pratici di reclutamento del personale (trasferimenti, rapporto con le istanze locali, carichi di lavoro); 3) per l'insufficiente pianificazione della collaborazione tra indagini giudiziaria e ricerca storica; 4) per il pericolo politico dell'inconcludenza, che avrebbe confermato l'opinione pubblica nella convinzione che i crimini erano stati esagerati dalla propaganda nemica. Il suo approccio realistico: all'elaborazione giudiziaria sono dettati limiti, non però allo sforzo, che deve venire dalla politica, dello stabilimento della verità.

⁽⁶²⁾ La cit. in STEINKE, *Fritz Bauer*, cit., p. 257.

Bundesgerichtshofs, che per una condanna per violazione del diritto esigeva la premeditazione (il cosiddetto *dolus directus*), che risultava tuttavia praticamente indimostrabile. Questo « privilegio giudiziario » ostacolava le indagini, portando in molti casi alla loro sospensione (63). L'iniziativa giudiziaria doveva pertanto muoversi su un difficoltoso crinale: si trattava da un lato di evitare la diffamazione di tutta la vecchia magistratura, dall'altro di scongiurare l'impunità, tenendo presente che la prescrizione per omicidio volontario — ragionevolmente l'unico addebito riferibile a questi giudici — scadeva il 30 giugno 1960 (64).

Una conferenza del 1959 sulle radici del nazifascismo, in cui sostiene che il nazismo non può essere considerato un movimento riducibile a Hitler e alla ristretta cerchia di suoi complici (65), non manca di suscitare vivaci polemiche. Il *Landesjugendring* della Renania-Palatinato, che ne ha promosso la pubblicazione, propone al Ministro dell'educazione Eduard Orth (CDU) di diffonderla nelle scuole; al rifiuto del ministero, la questione approda nel luglio 1962 al parlamento del *Land*. Con la sua apologia del diritto di resistenza Fritz Bauer è ormai diventato per le autorità di governo una pietra dello scandalo. Quando in autunno gli organizzatori invitano a un confronto (a Bad Kreuznach) Bauer e Orth, il ministro delega a rappresentarlo un allora oscuro deputato del *Land*, Helmut Kohl, che ripete pedissequamente gli argomenti ministeriali, mostrando di ignorare del tutto gli studi di Kogon e Broszat sullo Stato delle SS. L'efficace strategia comunicativa di Bauer, con sempre più esplicita critica alle *élites* culturali tedesche, e con sempre maggiore esposi-

(63) C. FREUND, *Rechtsbeugung durch Verletzung übergesetzlichen Rechts*, Berlin, Duncker & Humblot, 2006, p. 104.

(64) *Im Namen des Volkes. Die Strafrechtliche Bewältigung der Vergangenheit*, cit., pp. 83-84. Cfr. K. JASPERS, *Per un genocidio non c'è prescrizione*, in Id., *Germania d'oggi: dove va la Repubblica federale?*, Milano, Mursia, 1969, pp. 99-128. Cfr. MEUSCH, *Von der Diktatur zur Demokratie*, cit., p. 245 e ss.; A. WEINKE, *Die Verfolgung von NS-Tätern im geteilten Deutschland*, Paderborn, Schöningh, 2002; VON MIQUEL, *Abnden oder amnestieren? Westdeutsche Justiz und Vergangenheitspolitik in den sechziger Jahren*, cit.

(65) *Die Wurzeln faschistischen und nationalsozialistischen Handelns*, Frankfurt a. M., Europäische Verlagsanstalt, 1965, p. 11 (ristampa 2016, ora anche in *KS I*, pp. 664-82). Cfr. FRÖHLICH, "Wider die Tabuisierung des Ungehorsams", cit., p. 141.

zione nei dibattiti pubblici, delineatasi fin dalla metà degli anni '50, trova nel clamore di queste polemiche un'altra conferma ⁽⁶⁶⁾.

A questo episodio può essere accostato lo scandalo suscitato dalla sua intervista a un giornale danese (26 febbraio 1963), in cui afferma che Hitler avrebbe ancora terreno fertile nella Germania attuale. La CDU dell'Assia chiede la sua sospensione, questa volta anche il ministro della giustizia (socialdemocratico) del *Land*, Lauritz Lauritzen, è costretto a prendere le distanze e ad affiancargli, per far fronte all'offensiva dell'opposizione e controllarlo, un sostituto, Ulrich Krüger, con un passato di procuratore presso il tribunale speciale di Francoforte, iscritto alla NSDAP ma uscito indenne dalle procedure di denazificazione ⁽⁶⁷⁾. Ma ciò non frena il suo attivismo. È del periodo di Francoforte la caccia ai grandi criminali, Eichmann, Mengele, Bormann, anche se si deve riconoscere che su questo fronte non fa che accumulare frustrazioni. Il cancelliere Adenauer, ad esempio, si oppone alla richiesta di far processare in Germania Eichmann adducendo l'argomento che tra la Germania e Israele non esisteva un trattato di estradizione, il che, come è stato osservato, implicava soltanto che « Israele non poteva essere costretto a estrarre Eichmann » ⁽⁶⁸⁾.

⁽⁶⁶⁾ FRÖHLICH, "Wider die Tabuisierung des Ungehorsams", cit., p. 148 e ss. Nel 1965 Hermann Glaser, assessore alla cultura a Norimberga, inaugura i *Nürnberger Gespräche*, di cui Bauer da quel momento sarà ogni anno ospite.

⁽⁶⁷⁾ STEINKE, *Fritz Bauer*, cit., p. 211 e ss. e ID., *Der Vorwurf der Befangenheit. Fritz Bauer in den Interview-Affären 1963 und 1965*, in *Rückkehr in Feindesland?*, cit., pp. 121-29 (si sottolinea che a suscitare scandalo, più che i contenuti, presenti anche in molte altre interviste, fu la circostanza che le dichiarazioni erano state fatte all'estero). Bauer, per contro, trovava inaccettabile che l'accusa di parzialità (*Befangenheit*) venisse fatta valere solo per le vittime e non per i carnefici. Cfr. anche MEUSCH, *Von der Diktatur zur Demokratie*, cit., pp. 106-122 e 131-134. Sul tribunale di Francoforte durante il nazionalsocialismo A. v. GRÜNEWALDT, *Die Richterschaft des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main in der Zeit des Nationalsozialismus*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015.

⁽⁶⁸⁾ Così H. ARENDT, *La banalità del male. Eichmann a Gerusalemme*, Milano, Feltrinelli, 1992, p. 25, che prosegue: « Fritz Bauer, Procuratore generale dell'Assia, se ne rese conto e invitò il governo federale di Bonn a chiedere l'estradizione: senonché in questo campo le sue idee erano quelle di un ebreo tedesco, non erano condivise dall'opinione pubblica, e così il suo invito non solo fu respinto da Bonn, ma passò quasi inosservato e non fu appoggiato da nessuno ». Per la ricostruzione nel dettaglio del ruolo giocato da Bauer nell'identificazione di Eichmann e la sua collaborazione con i servizi

6. *Il processo Auschwitz.*

Il nome di Bauer è notoriamente legato al processo Auschwitz (più esattamente ai primi processi di Francoforte sui crimini perpetrati nel campo di sterminio di Auschwitz) ⁽⁶⁹⁾. Di tali processi è stato, nella sua qualità di procuratore generale (*Oberstaatsanwalt*) dell'Assia, l'organizzatore e il regista. Percepito, con la fine degli anni Cinquanta, un certo cambiamento di clima, con la creazione della *Zentrale Stelle* di Ludwigsburg ⁽⁷⁰⁾, l'*Einsatzkommando-Prozess* di Ulm per fatti accaduti a Tilsit (aprile-agosto 1958) ⁽⁷¹⁾, la mostra di cui si è detto, gli scandali che riguardavano la presenza nelle istituzioni di funzionari compromessi con il passato regime (come il potente Segretario alla cancelleria Hans Globke, nei confronti del quale Bauer aveva aperto un fascicolo, insabbiato dopo che il procedimento, per intervento di Adenauer, era stato trasferito a Bonn), Bauer ritiene che sia giunto il tempo di sferrare un attacco alla politica amnestica del passato dell'era Adenauer.

Il processo Auschwitz, che ebbe inizio davanti al tribunale di Francoforte il 20 dicembre 1963, per molti versi appare, come ha annotato Hannah Arendt, la diretta prosecuzione del processo Eichmann. E in effetti, di quel precedente Bauer fa proprio il proposito pedagogico dell'accusa, con un intento che può essere accostato a quello di Gideon Hausner, il pubblico accusatore di Gerusalemme. Anche qui il fine del processo non è in prima istanza

segreti israeliani WOJAK, *Fritz Bauer 1903-1968*, cit., pp. 285-302 e P. KRAUSE, *Der Eichmann-Prozess in der deutschen Presse*, Frankfurt a. M., Campus, 2002.

⁽⁶⁹⁾ Il primo processo si svolse dal dicembre 1963 all'agosto 1965 (con 17 condanne), il secondo processo dal dicembre 1965 al settembre 1966 (con tre condanne), il terzo dall'agosto 1967 al giugno 1968 (con due condanne). Dopo la morte di Bauer si sono svolti a Francoforte ancora altri due processi su crimini perpetrati ad Auschwitz, rispettivamente 1973-76 e 1977-81. Il primo processo su Auschwitz era stato però celebrato in Polonia nel novembre e dicembre 1947. Per una ricostruzione complessiva, A. RÜCKERL, *Die Strafverfolgung von NS-Verbrechen 1945-1978. Eine Dokumentation*, Heidelberg, Müller, 1979.

⁽⁷⁰⁾ Cfr. A. WEINKE, *Eine Gesellschaft ermittelt gegen sich selbst. Die Geschichte der Zentralen Stelle in Ludwigsburg 1958-2008*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 2008.

⁽⁷¹⁾ R. GROSS, W. RENZ, *Vorwort*, in *Der Frankfurter Auschwitz-Prozess (1963-1965)*, cit., p. 7.

la condanna di un imputato bensì fare luce sull'accaduto storico. Questo spiega la necessità di avvalersi, in modo non occasionale ma integrato nell'attività investigativa e nella costruzione del giudizio, della collaborazione degli storici, secondo un modulo operativo che Bauer aveva già adottato durante il processo a Remer.

Come per la vicenda Eichmann, il caso ne aveva determinata l'origine: pochi fogli sfuggiti all'incendio appiccato dalle SS in fuga a un loro archivio di polizia a Breslavia — e riguardanti l'uccisione di prigionieri evasi dal Lager nel 1942 — erano stati raccolti da uno di loro, Emil Wulkan, che solo molti anni più tardi li avrebbe mostrati a un giornalista della *Frankfurter Rundschau*, Thomas Gnielka, che a sua volta nel gennaio 1959 li inoltrava a Bauer. Aveva inizio così il percorso dell'azione giudiziaria. Ottenuto da Karlsruhe il riconoscimento di competenza, incominciava l'arduo cammino nel labirinto delle norme che ostacolavano le indagini e nell'ostilità di buona parte dell'opinione pubblica (ostilità prevedibile e giustificata proprio dal 'teorema' accusatorio di Bauer, che vede le responsabilità non solo concentrate in una ristretta *élite* criminale ed è quindi contrario alla frantumazione del processo in procedimenti individuali, come avrebbe voluto il giudice Hans Hofmeyer, presidente della Corte) (72). Da tempo il Procuratore generale è infatti ben saldo nella convinzione dell'inadeguatezza dei processi penali fino a quel momento svolti, in quanto nella ricerca delle responsabilità individuali essi finivano per frammentare e travisare l'accaduto, che non poteva essere ridotto alla « somma di singoli eventi ».

La preparazione del primo processo, che vide dapprima incriminati 24 imputati (23 dei quali erano SS di rango inferiore) e poi processati 20 di loro, richiese un enorme lavoro (a cui ovviamente

(72) PENDAS, *Der 1. Frankfurter Auschwitz-Prozess 1963-1965*, cit., pp. 55-85, I. WOJAK, *Fritz Bauer, der Auschwitz-Prozess und die deutsche Gesellschaft*, in *Auschwitz in der deutschen Geschichte*, J. Perels (Hg.), Hannover, Offizin, 2010, pp. 141-167; W. LENZ, *Fritz Bauer und der Auschwitz-Prozess*, in *Fritz Bauer. Der Staatsanwalt: NS-Verbrechen vor Gericht*, F. Backhaus, M. Boll, R. Gross (Hg.), Frankfurt-New York, Ausstellungskatalog, 2014, pp. 149-169. Hanno recentemente (marzo/aprile 2019) richiamato l'attenzione dei media le scoperte del biografo del giudice Hofmeyer, Matias Ristic, che ne provano la compromissione nelle 'corti eugenetiche' che approvavano, in base alla legge del luglio 1933 sulla prevenzione delle malattie ereditarie, pratiche di sterilizzazione forzata.

attnessero anche i procedimenti seguenti (73). Dalla fine di giugno 1959, quando la *Zentrale Stelle* di Ludwigsburg trasmette gli atti pertinenti al tribunale di Francoforte, passano 6 anni per arrivare alla sua conclusione (20 agosto 1965), durante i quali vengono rintracciati circa 1500 testimoni (356 dei quali saranno ascoltati nel dibattimento, 211 sono sopravvissuti ai campi) e si indaga su almeno 290 casi. L'indagine preliminare, condotta dal Presidente del tribunale Heinz Düx, porta a 74 volumi di atti, su cui la Procura prepara un atto di accusa di 700 pagine, depositato il 16 aprile 1963. Nel corso del processo, che si protrae per 22 mesi, vengono letti circa 56 protocolli e verbali d'interrogatori e presentate imponenti perizie storiche; fra i testimoni 85 erano ex-SS, e ad essere coinvolti sono 4 pubblici ministeri, 3 rappresentanti di parte civile (Ormond, Raabe, Kaul), 21 difensori. La sentenza dopo 182 udienze — in questo almeno in controtendenza con la prassi giudiziaria di quegli anni —, con soltanto 3 assoluzioni (74).

La decisione, di fondare l'accusa sul Codice penale del 1871 — anziché sui principi di Norimberga —, costringeva i pubblici ministeri a distinguere tra esecutori e complici, tra omicidio volontario e concorso (*Beihilfe*). E in base al Codice la condanna per omicidio

(73) Cfr. PENDAS, *The Frankfurt Auschwitz Trial, 1963-1965*, cit.; G. WERLE, T. WANDRES, *Auschwitz vor Gericht. Völkermord und bundesdeutsche Strafjustiz*, München, Beck, 1995 e W. LENZ, *Der Frankfurter Auschwitz-Prozess: 'rechtsstaatliches Verfahren' oder 'Strafrechtstheater'? Kann mithilfe der Strafjustiz politische Aufklärung geleistet werden?*, in *NS-Justiz in Hessen. Verfolgung, Kontinuitäten, Erbe*, W. Form, T. Schiller, L. Seitz (Hg.), Marburg, Historische Kommission für Hessen, 2015, pp. 439-451.

(74) *Urteil des Landgerichts Frankfurt am Main in der Strafsache gegen Mulka und andere vom 19./20. August 1965*, in *Der Frankfurter Auschwitz-Prozess (1963-1965)*, cit., pp. 575-1236 (oltre 600 pp. e in più qui le note). A integrazione della quale va letta la raccolta dei *Gutachten* apprestati per il processo dagli storici: H. BUCHHEIM, M. BROSZAT, H.A. JAKOBSEN, H. KRAUSNICK, *Anatomie des SS-Staates*, 2 voll., Freiburg, Walter, 1965. La prima documentazione del processo era apparsa già a ridosso della sentenza a cura dell'ex-internato, segretario generale dell'IAK (*Internationale Auschwitz-Komitee*) e testimone al processo H. LANGBEIN, *Der Auschwitz-Prozess. Eine Dokumentation*, 2 Bde, Frankfurt a. M., Europäische Verlagsanstalt, 1965. Su di lui cfr. K. STENGEL, *Hermann Langbein. Ein Auschwitz-Überlebender in den erinnerungspolitischen Konflikten der Nachkriegszeit*, Frankfurt, Campus, 2012. Sul rapporto conflittuale tra Langbein e le procure di Stoccarda e di Francoforte anche PENDAS, *Der 1. Frankfurter Auschwitz-Prozess 1963-1965*, cit., pp. 59-61.

presupponeva che fossero dimostrate le inclinazioni soggettive (*subjektiver Neigungen*), in particolare gli abietti motivi (*niedrige Beweggründe*). Date queste premesse, la monotona strategia difensiva dell'ordine ricevuto — « Gesetz sei Gesetz und Befehl sei Befehl »⁽⁷⁵⁾ — scavalcava facilmente gli ostacoli. Per Bauer invece la correatà era conseguente alla semplice partecipazione alla macchina dello sterminio. Contro la tesi del *Befehlsnotstand*, Bauer argomentava nei suoi scritti che non si trovava una sola sentenza in cui fosse stato condannato qualcuno per essersi rifiutato di eseguire un ordine che avesse a contenuto la « soluzione finale »⁽⁷⁶⁾. La tesi, per lui di indiscutibile evidenza, che chiunque avesse prestato servizio in un campo di sterminio non poteva non essere ritenuto corresponsabile del funzionamento della macchina di morte⁽⁷⁷⁾, era però respinta dalla corte e dall'opinione pubblica. Solo molto più tardi, nella sentenza di Monaco (2011) sull'aguzzino ucraino John Demjanjuk, i giudici gli avrebbero dato ragione⁽⁷⁸⁾.

Contro una certa mitologizzazione, che ha portato a identificare il processo con la persona di Bauer, è bene però ricordare che esso fu l'opera di un *team* che dovette affrontare molte difficoltà e che, anche per questo, non sempre si trovò ad agire in linea con le direttive del suo ideatore⁽⁷⁹⁾. La Corte, come si è detto, si allineò alla prassi di ricondurre la più parte delle azioni criminali al semplice concorso, costringendo in questo modo l'accusa a concentrarsi sulle

(75) Per la strategia della difesa si veda H. LATERNER, *Die andere Seite im Auschwitz-Prozess 1963/65. Reden eines Verteidigers*, Stuttgart, Seewald Verlag, 1966. Sull'intera problematica H. SELIGER, *Politische Anwälte? Die Verteidiger der Nürnberger Prozesse*, Baden-Baden, Nomos, 2016, pp. 496-500 e C. BOOSS, *Im goldenen Käfig. Zwischen SED, Staatssicherheit, Justizministerium und Mandant — die DDR-Anwälte im politischen Prozess*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 2017.

(76) *Zu den Naziverbrecher-Prozessen. Gespräch im NDR* (1963), in HR, p. 111.

(77) *Im Namen des Volkes. Die Strafrechtliche Bewältigung der Vergangenheit*, cit., pp. 83-84.

(78) STEINKE, *Fritz Bauer*, cit., p. 210.

(79) Per una ricostruzione dei preparativi del processo che risponde all'intento di una sua demitologizzazione W. RENZ, *Der 1. Frankfurter Auschwitz-Prozess 1963-1965 und die deutsche Öffentlichkeit. Anmerkungen zur Entmythologisierung eines NSG-Verfahrens*, in *NS-Prozesse und deutsche Öffentlichkeit*, a cura di J. Osterloh, C. Vollnhals, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 2011, pp. 349-61.

violenze più efferate. Imprigionato da questa logica, e dalla focalizzazione sulle estremizzazioni della violenza, il processo finiva così, proprio contro il proponimento del suo iniziatore, per confermare la diffusa credenza che i crimini fossero imputabili soltanto a una ristretta minoranza di sadici, distogliendo l'attenzione dagli « uomini comuni »⁽⁸⁰⁾ e per ostacolare la formazione presso il pubblico della nazione di una « cultura della memoria autocritica »⁽⁸¹⁾. Il merito di Bauer fu comunque quello di aver voluto un maxi-processo, consapevole che la frammentazione in una molteplicità di procedimenti individuali risultava tecnicamente inefficace, alla luce del fatto che gli imputati si trovavano sempre a essere meri ingrannaggi di una macchina persecutoria che restava fuori dal dibattito processuale⁽⁸²⁾.

Assai meno noto, perché fallimentare, è un altro capitolo della biografia professionale di Fritz Bauer, riguardante le indagini avviate dal suo ufficio nel maggio 1960 contro un gruppo di presidenti di corte d'appello e di procuratori che avevano collaborato al programma nazista di eliminazione di malati psichici e disabili. In particolare, oggetto del procedimento era la conferenza organizzativa dei vertici della magistratura convocata dal Segretario di Stato al Ministero della giustizia il 23/24 aprile 1941 per definire la questione del trattamento da riservare a quelle categorie: l'intento era di assicurarsi *ex post* di non poter essere accusati di aver agito illegalmente, mostrando che sul fronte giuridico non erano state mosse obiezioni a quelle misure (come in effetti avvenne). Per quanto tutto fosse documentato, la giustizia del dopoguerra s'era totalmente disinteressata del caso. Le indagini, a cui Bauer dà inizio nel 1960,

⁽⁸⁰⁾ Cfr. C.R. BROWNING, *Uomini comuni. Polizia tedesca e "soluzione finale" in Polonia*, Torino, Einaudi, 1995.

⁽⁸¹⁾ Ivi, p. 125; R. WITTMANN, *Indicting Auschwitz? The Paradox of the Frankfurt Auschwitz Trial*, in « German History », 21 (2003), pp. 505-532; PERELS, *Die Aushöhlung des Rechtsstaats durch die Umwandlung von NS-Tätern in Gehilfen*, cit., pp. 366-80.

⁽⁸²⁾ Durante lo svolgimento del processo Bauer resta dietro le quinte, adducendo come motivazione che in base a una norma consuetudinaria non scritta il procuratore generale non conduce personalmente l'accusa, che viene sostenuta da tre giovani procuratori: Georg Friedrich Vogel, Joachim Kügler e Gerhard Wiese. Cfr. STEINKE, *Fritz Bauer*, cit., pp. 178-220. Ciò non lo mette comunque al riparo da minacce e provocazioni antisemitiche (ivi, p. 26).

sottolineando l'urgenza delle medesime per il rischio di prescrizione, approdano a risultati impressionanti: decine e decine di fascicoli. Ai magistrati che avevano preso parte a quella conferenza si imputava di non aver avanzato obiezioni al rapporto relativo a quegli omicidi istituzionali, venendo così meno al loro dovere di servizio; ancor più, di aver ottemperato alla richiesta di trasmettere al Ministero denunce che si fossero registrate nelle loro circoscrizioni. Un procedimento inusuale, per la sua durata (10 anni), per il numero degli imputati (33), per la funzione da essi svolta nell'apparato giudiziario, per il capo d'accusa (*psychische Beihilfe zum Mord*): ma anche per la conclusione del procedimento, affidata a un comunicato di poche righe ⁽⁸³⁾.

7. *Teoria critica della società e pratica della giustizia.*

Fritz Bauer non è stato solo un provocatorio protagonista della scena giudiziaria dei primi due decenni della storia della *Bundesrepublik*, ma un intellettuale militante che ha affiancato al suo impegno professionale un'intensa attività di conferenziere e di autore di scritti di politica del diritto, attraverso la quale ha portato avanti quella battaglia per l'umanizzazione del diritto e per l'affermazione dei valori democratici che aveva iniziato negli anni di Weimar e che la dittatura gli aveva violentemente impedito di proseguire. È stato osservato che Bauer non è un filosofo del diritto e non gli si fa un buon servizio rendendolo tale ⁽⁸⁴⁾. Va però messo in luce che le sue prese di posizione si sono sempre nutrite di un robusto retroterra culturale e che dalle sue riflessioni sono venute significative solleci-

⁽⁸³⁾ Su questa vicenda C. SCHNEIDER, *Diener des Rechts und der Vernichtung. Das Verfahren gegen die Teilnehmer der Konferenz von 1941 oder: Die Justiz gegen Fritz Bauer*, Frankfurt/New York, Campus, 2017. Inoltre FRÖHLICH, "Wider die Tabuisierung des Ungehorsams", cit., pp. 283-375; WOJAK, *Fritz Bauer 1903-1968*, cit., pp. 363-400. Le indagini erano collegate al caso Werner Heyde, che aveva già depresso sul cosiddetto Programma Eutanasia (*Aktion T4*) in un interrogatorio a Francoforte nel marzo 1947, confermando che dai giuristi non erano state avanzate obiezioni, e che ora (1964) si sarebbe suicidato prima del dibattimento.

⁽⁸⁴⁾ L. FOLJANTY, *Eine sehr politische Hoffnung. Zum Rechtsdenken Fritz Bauers im Kontext seiner Zeit, in Rückkehr in Feindesland?*, cit., p. 161.

tazioni al rinnovamento della concezione del diritto di una democrazia pluralistica.

Rientrato nell'ordine giudiziario, incomincia a pubblicare con regolarità su questioni di diritto penale, dovendo fare i conti con quel clima di ritorno al giusnaturalismo che si era imposto con il disvelamento della natura criminale del regime totalitario ⁽⁸⁵⁾. A questo clima Bauer non manca di reagire criticamente, riconoscendo il carattere sempre relativo e storicamente condizionato del diritto, per cui è a suo giudizio illusorio attendersi dal discorso giuridico il conseguimento di evidenze incontestabili. In polemica con la concezione cattolica del diritto naturale che è alla base della giurisdizione del *Bundesgerichtshof*, in molti scritti, per es. in *Justiz als Symptom* (1962), argomenta con forza che la BRD è uno Stato laico e non un *Weltanschauungsstaat*. Ma se, come ancora in *Der Prozess Jesu* (1965) avrebbe affermato, con i rimandi al discorso della montagna e al decalogo non si va da nessuna parte ⁽⁸⁶⁾, altrettanto marcata è in lui la polemica contro l'assolutizzazione positivista della legge: il positivismo giuridico inteso come ideologia imperativistica gli appare espressione di una malattia ⁽⁸⁷⁾.

Bauer non è dunque né un giusnaturalista metafisico né un positivista dogmatico, il suo diritto sovrapositivo è un diritto politico, calato evolutivamente nella storicità, un *Kulturrecht*, che si è generato nella lotta per il diritto. Alla concezione giusnaturalistica di un diritto apolitico, cui per altro è riconosciuta (kelsenianamente) la funzione storica di aver agito da argine contro l'arbitrio e la violenza, è contrapposto un pensiero giuridico fortemente connotato politicamente ⁽⁸⁸⁾. Al feticismo formalistico della legge è contrapposta invece una visione sociologica che mira a dar conto della complessità

⁽⁸⁵⁾ Foljanty, *ivi*, pp. 153-72, si sofferma sul ritorno del diritto naturale nell'immediato dopoguerra (Heinrich Rommen, Helmut Coing, espressioni di un giusnaturalismo cristiano e comunitario, scettico verso il liberalismo e la democrazia). Qui non si manca di citare la lettera di Radbruch a Giorgio Del Vecchio del 10 agosto 1948 (vedi *Gesamtausgabe*, vol. 18, *Briefe II (1919-1949)*, ed. cit., 1995, p. 274).

⁽⁸⁶⁾ *Der Prozess Jesu*, in *HR*, pp. 411-26, ora in *KS II*, pp. 1351-63. Alla legge mosaica è da rimproverare intolleranza come alle altre religioni, solo con l'illuminismo si diffonde l'idea della tolleranza.

⁽⁸⁷⁾ Così in *Ungesübnte Nazijustiz*, cit., p. 133.

⁽⁸⁸⁾ Cfr. *Politischer Streik und Strafrecht* (1953), pp. 377-92 (*KS I*, pp. 354-365).

del reale. Il suo è dunque un pensiero scettico, relativista, pluralista. Ritroviamo qui ancora una volta la lezione del maestro di diritto democratico, Gustav Radbruch, che al centro del suo relativismo filosofico poneva l'idea di tolleranza⁽⁸⁹⁾. Come si evince anche da un suo breve articolo del 1960, il tentativo neokantiano di fondazione di un'«etica del pluralismo» che è al tempo stesso «etica della responsabilità» lo riconduce attraverso Radbruch fino a Max Weber⁽⁹⁰⁾. Neokantismo polemico nei confronti di Kant, cui è addebitata da un lato la sottomissione a quell'*Obrigkeitsdenken* che nel XX secolo avrebbe prodotto i suoi frutti più velenosi⁽⁹¹⁾, dall'altro un fondamentalismo della pena incompatibile con qualsiasi concezione che ponga l'umanità al centro delle sue preoccupazioni⁽⁹²⁾. Dal Radbruch criminologo storico e critico Bauer prende poi le mosse anche nella sua opera più organica, *Das Verbrechen und die Gesellschaft* (1957)⁽⁹³⁾.

Molte letture traspaiono del resto dalla fitta trama delle sue argomentazioni. Si avverte ad esempio una prossimità all'Ernst Bloch di *Naturrecht und menschliche Würde* e una certa consuetudine con le opere degli autori eretici di quegli anni, Adorno, Arendt,

⁽⁸⁹⁾ Cfr. F. WITTECK, *Gustav Radbruchs Auseinandersetzung mit dem Nationalsozialismus*, in *Rechts- und Staatsphilosophie des Relativismus. Pluralismus, Demokratie und Rechtsgeltung bei Gustav Radbruch*, W. Pauly (Hg.), Baden-Baden, Nomos, 2011, pp. 207-22.

⁽⁹⁰⁾ FOLJANTY, *Eine sehr politische Hoffnung*, cit., p. 169. Questa concezione pluralistica del diritto e della morale era del resto già chiaramente delineata nel libro del 1945: *Die Kriegsverbrecher vor Gericht*, cit., p. 82. Cfr. HR, pp. 155, 219 e ss.

⁽⁹¹⁾ *Die "ungesühnte" Nazijustiz*, cit., p. 132. Di conseguenza gli appare inaccettabilmente apologetica anche la massima kantiana: «Du kannst, denn du sollst» (*Die Schuld im Strafrecht*, in HR, p. 292). Il riferimento è anche alla tesi kantiana secondo la quale la costituzione esistente deve essere per il giurista la migliore.

⁽⁹²⁾ *Schopenhauer und die Strafrechtsproblematik*, in HR, p. 341.

⁽⁹³⁾ F. BAUER, *Das Verbrechen und die Gesellschaft*, München-Basel, Reinhardt, 1957. Tutto l'impianto del libro è orientato contro una criminologia e un diritto penale speculativi, che si sono posti al seguito di Kant e di Hegel. Della teoria hegeliana del crimine come «negazione del diritto» e della pena come «negazione della negazione» si sostiene che essa testimonia di un capovolgimento che porta al primato della logica a spese della psicologia e della sociologia (p. 9).

Anders ⁽⁹⁴⁾. Nella sua attività pubblicistica Bauer ha indubbiamente saputo mettere a frutto una solida cultura filosofica e letteraria, come mostra la gamma delle sue citazioni, che spaziano da Platone, Aristotele, Tommaso d'Aquino a Kant, Hegel e Schopenhauer, o da Sofocle a Shakespeare, Schiller e Goethe, Kafka e Döblin. Ma la lezione dei classici vi appare sempre posta al servizio del realismo di chi si accosta con intenti pragmatici ai problemi della società. Ad essa si alimenta la battaglia per la liberalizzazione del diritto penale, le cui fondamenta sono poste in *Das Verbrechen und die Gesellschaft*, trovando poi nel fortunato volume *Sexualität und Verbrechen* (1963), di cui è curatore con due studiosi della sessualità e a cui collabora lo stesso Adorno, la sua espressione politicamente più incisiva (siamo, nella BRD, nel vivo dei dibattiti per la riforma del diritto penale con particolare riferimento ai « delitti contro l'ordinamento morale ») ⁽⁹⁵⁾. La resa dei conti con il passato presuppone la critica a quel tipo di società e di personalità autoritaria che hanno generato il totalitarismo e che le ricerche condotte dall'*Institut für Sozialforschung* hanno ampiamente tematizzato. A quel genere di teoria critica della società egli ha dato un contributo con la voce *Genocidium* scritta per un dizionario criminologico ⁽⁹⁶⁾.

Sotto il profilo storiografico Bauer può essere ascritto al partito del *Sonderweg*: nella storia della Germania moderna non ha mai nascosto di individuare un forte tratto autoritario, un « Zug zum Autoritären » ⁽⁹⁷⁾, che la predisponesse all'esito totalitario. Con una variante significativa, però: imputata non è la tradizione del diritto

⁽⁹⁴⁾ Qui mi limito a richiamare E. BLOCH, *Diritto naturale e dignità umana*, Torino, Giappichelli, 2005.

⁽⁹⁵⁾ STEINKE, *Fritz Bauer*, cit., p. 240, ricorda che il lavoro redazionale a questo volume fu opera di un giovane assistente di giurisprudenza, Herbert Jäger, che sarebbe stato supportato da Bauer nel preparare la sua tesi di abilitazione sulla criminalità politica del regime nazista. Cfr. *Sexualstrafrecht heute* (1963), in HR, pp. 297-313 (KS II, pp. 1101-14). Alla domanda se il comportamento sessuale dei popoli sia determinato dalla loro legislazione la risposta è netta: no.

⁽⁹⁶⁾ Avrebbe infatti scritto per lo *Handwörterbuch der Kriminologie*, a cura di R. Sieverts (1965), la voce *Genocidium (Völkermord)*, ora in HR, pp. 61-75 (KS II, pp. 1496-1507). Cfr. anche *Von der Kriminalität der "Weissen Kragen"* (1966), in KS II, pp. 1460-74 e *Kriminologie des Völkermords* (1968), in KS II, pp. 1666-79.

⁽⁹⁷⁾ *Die Wurzeln faschistischen und nationalsozialistischen Handelns*, cit., p. 27. In un altro passo riprende una sarcastica formulazione di Alexander Rüstow sulla

germanico, cui è riconosciuto invece, con Tacito e Montesquieu, di essere la matrice della libertà, ma il legalismo del diritto romano. La Germania gli appare un paese che ha rinnegato le origini del suo diritto (idealizzato appunto da Tacito) per cadere nelle maglie non solo del formalismo dei giuristi romani ma anche nel burocratismo dell'impero dei Cesari. Il diritto di resistenza è un istituto germanico, i Romani non lo conoscevano⁽⁹⁸⁾. E la modernità segna sotto questo profilo una cesura⁽⁹⁹⁾. Alla tradizione tedesca è intrinseco quell'*Obrigkeitsdenken* assolutistico, contro cui indirizza una polemica che finisce per coinvolgere anche i classici dell'idealismo tedesco, a partire da Kant: « I filosofi tedeschi hanno fatto piazza pulita del diritto di resistenza ». Non si stupiva pertanto che, nel corso del processo, Eichmann si fosse appellato a Kant e alla sua etica del dovere incondizionato per difendersi⁽¹⁰⁰⁾.

Tre grandi temi acquistano evidenza nell'imponente mole della sua produzione pubblicistica. Il primo, che segna una continuità dalle prese di posizione pubblicistiche del primo dopoguerra agli ultimi scritti, è quello, di sua più diretta competenza, dell'adeguamento del diritto penale al nuovo ordinamento costituzionale. Tutta una sezione di scritti è dedicato alla riforma del diritto penale e fa da contrappunto critico al tormentato processo di gestazione di un progetto legislativo di risistemazione della materia che si sarebbe

peculiarità prussiana, risultato della sintesi tra « sadismo calvinistico dall'alto e masochismo luterano dal basso ».

⁽⁹⁸⁾ *Ungesübnte Nazijustiz*, cit., pp. 132-133. A differenza del diritto germanico, mancava al diritto romano « il legame ai valori pre- e sovrapolitici ». Cfr. V. REUSS, "Ihr hättet Nein Sagen müssen". Fritz Bauer Widerstandsgebot und das modern Völkerstrafrecht, in *Rückkehr in Feindesland?*, cit., pp. 173-201. F. BAUER, *Widerstandsrecht und Widerstandspflicht des Staatsbürgers*, in *HR*, pp. 181-205. L'idea che il potere venga dal popolo è pertanto estranea al cristiano romano. Bauer marca molto l'opposizione tra le due tradizioni. Il dovere di resistere non è obbligo di tirannicidio o rivoluzione, è « obbligo di rifiutare l'obbedienza, quando venga comandato di commettere un crimine o imposta una lesione della dignità propria o di altri » (p. 196).

⁽⁹⁹⁾ Una dei suoi bersagli è la sociologia politica di Herbert von Borch, nei confronti della cui idealizzazione della burocrazia è severamente critico: H. VON BORCH, *Obrigkeits und Widerstand. Zur politischen Soziologie des Beamtentums*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1954.

⁽¹⁰⁰⁾ *Widerstandsrecht und Widerstandspflicht des Staatsbürgers*, cit., pp. 188-89. Cfr. *Im Kampf um des Menschen Rechte*, cit., p. 41.

(parzialmente) realizzato solo nel 1969 ⁽¹⁰¹⁾. In *Gedanken zur Strafrechtsreform* (1959) fa la storia dei problemi e delle proposte di riforma dal 1871 nel quadro della programmatica socialdemocratica. Con *Die Schuld im Strafrecht* (1962), muovendosi sulla scia della scuola penale liberale di Franz von Liszt e Anselm Feuerbach, e riprendendo da Kelsen la critica al concetto arcaico di contrappasso (*Vergeltung*), sviluppa il discorso sul piano della filosofia del diritto, volgendo la critica alla metafisica della colpa ancora sottesa ai disegni di riforma. *Die Reformbedürftigkeit der Strafrechtsreform* (1966) torna a insistere sul « carattere conservatore e repressivo » di un progetto di riforma che si immunizza rispetto alle acquisizioni della scienza ⁽¹⁰²⁾.

A guidare le sue analisi è una visione utilitaristica e antiretributivistica della pena, che punta sull'elemento della risocializzazione ⁽¹⁰³⁾. Nella concezione del diritto di Bauer questo è stato sempre un punto fermo; già nel suo libro *Kriegsverbrecher vor Gericht* aveva messo in chiaro come la concezione moderna della pena fosse « non più causale ma finale », non più fine a se stessa ma strumento a un fine: si punisce non « quia peccatum est » bensì « ne peccetur » ⁽¹⁰⁴⁾. La colpa presuppone qualcosa che è scientifica-

⁽¹⁰¹⁾ L. Foljanty e D. Johst, nella loro *Introduzione a KS*, rilevano che nella sua bibliografia ben 85 testi sono dedicati a questo tema. Su questi scritti, e sulla loro distanza dalla criminologia dominante nella cultura tedesca del dopoguerra, pp. 26-30, in cui non mancano considerazioni critiche sui residui di biologismo deterministico nel pensiero di Bauer.

⁽¹⁰²⁾ *Die Reformbedürftigkeit der Strafrechtsreform* (1966), in HR, pp. 279-96, ora in KS II, *Das deutsche Strafrecht und seine Reform* (1). *Das Strafrecht und das heutige Bild vom Menschen*, pp. 1446-53 e *Das deutsche Strafrecht und seine Reform* (2). *Wertordnung und pluralistische Gesellschaft*, pp. 1453-60. Sulla mentalità della magistratura tedesca *Justiz als Symptom* (1962), pp. 365-76 (KS II, pp. 963-72).

⁽¹⁰³⁾ *Auf der Suche nach dem Recht*, Stuttgart, Franckh'sche Verlagshandlung, 1966. Giustamente W. RENZ, *Fritz Bauer und das Versagen der Justiz. Nazi-Prozesse und ihre "Trago"die*, Hamburg, CEP Europäische Verlagsanstalt, 2015, p. 30, rileva che Bauer non si è mai « esplicitamente pronunciato sullo scopo della pena nei processi ai nazisti », per i quali non escludeva in linea di principio la riabilitazione. Ed è chiaro che ha sempre respinto come relitto autoritario una logica rigidamente retributivistica.

⁽¹⁰⁴⁾ *Die Kriegsverbrecher vor Gericht*, cit., pp. 204-5. Qui fra l'altro osservava come nella lotta contro il crimine riforme sociali fossero necessarie ma non sufficienti, in quanto « anche la più grande eguaglianza non esclude il crimine ».

mente indimostrabile, e cioè la libertà del volere. Per un autore che esclude la volontà del volere, assumendo determinate disposizioni come la causa del comportamento criminale, senza che questo lo induca per altro a negare la responsabilità individuale, l'incontro con la filosofia di Schopenhauer appare altrettanto naturale che lo scontro con le dottrine penalistiche di Kant e di Hegel. All'ultimo anno di vita risale così la stesura di un ampio saggio su Schopenhauer e il diritto penale, in cui viene ribadito che il diritto e la legge non abbisognano di una fondazione metafisica, né la possono avere ⁽¹⁰⁵⁾.

La sua polemica s'indirizza pertanto contro i giuristi, affetti a suo dire da una sorta di bipolarismo, che li porta da un lato a uno scetticismo radicale circa i fatti (da cui la richiesta ossessiva di documenti, certificati, giuramenti), dall'altro a una estrema credulità nei confronti delle finzioni normative dedotte da una concezione sacrale del diritto — affiora qui tutta la sua incompienza per la definizione hegeliana del diritto come « qualcosa di sacro » (così nei *Lineamenti di filosofia del diritto*, § 30). I riformatori in particolare tradiscono un'immagine del tutto irrealistica dell'uomo che commette il crimine; e ad essa Bauer vuole contrapporre una visione secolarizzata del crimine. « Il comportamento criminale è indifferenza o resistenza nei confronti delle norme di volta in volta vigenti. La criminalità è una sottospecie del non-conformismo » ⁽¹⁰⁶⁾. Ma di una speculare tensione soffre anche la sua posizione, che opta per un diritto penale della prevenzione e della risocializzazione ben sapendo che questo non è applicabile ai persecutori nazisti ⁽¹⁰⁷⁾.

⁽¹⁰⁵⁾ *Schopenhauer und die Strafrechtsproblematik*, in *HR*, pp. 341-362. Nello scritto del 1839 sostiene la tesi della determinazione del volere, ma poi non mette in discussione la responsabilità dell'uomo per le sue azioni: *La liberté est un mystère* (p. 353).

⁽¹⁰⁶⁾ *Die Reformbedürftigkeit der Strafrechtsreform*, in *HR*, p. 284. Cfr. *Im Kampf um des Menschen Rechte*, cit., p. 47. Porre la questione dal punto di vista criminologico significa domandarsi perché qualcuno è indifferente o si oppone alle norme.

⁽¹⁰⁷⁾ *Das "gesetzliche Unrecht" des Nationalsozialismus und die deutsche Strafrechtspflege*, in *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch*, A. Kaufmann (Hg.), Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1968, p. 302 e ss., ora in *HR*, p. 53 e ss., e anche *Das Widerstandsrecht des kleinen Mannes* (1962), in *HR*, pp. 207-14 (*KS II*, pp. 882-88), cit.

Un buon numero di suoi scritti affrontano il tema del diritto di resistenza. In polemica con i tribunali tedeschi, che, con la recuperata sovranità nazionale, si rifiutavano di applicare il diritto degli Alleati richiamandosi alla tradizione giuridica nazionale, Bauer rivendica la validità di un'altra tradizione nazionale, che si appella alla libertà della coscienza contro l'arbitrio del comando. In conclusione della sua arringa nel *Remer-Prozess*, afferma di sentire il dovere di richiamare l'autentico significato del buon vecchio diritto germanico, menzionando l'orgogliosa espressione contenuta nel *Sachsen-spiegel*: « Un uomo deve ben saper opporsi al suo re, se questi commette ingiustizia »⁽¹⁰⁸⁾. Dopo il processo Remer, Bauer riprende in più occasioni questo tema, incontrando però scarso consenso nel clima della *Wehrdemokratie* adenaueriana. In *Das Widerstandsrecht des kleinen Mannes* (1962) chiarisce come egli intenda riferirsi proprio al diritto alla resistenza passiva e del piccolo uomo, non solo a quello delle *élites*⁽¹⁰⁹⁾. In un saggio raccolto in un volume in cui figura tra gli autori anche Martin Niemöller, *Widerstandsrecht und Widerstandspflicht des Staatsbürgers* (1962), prende le mosse dal processo di Pretoria contro il teologo Albert S. Geysler, colpevole di ritenere l'*apartheid* inconciliabile con la sua coscienza di cristiano, per ribadire come coraggio e disobbedienza civile siano le sue risposte al feticismo della legge di un positivismo che è divenuto ideologia⁽¹¹⁰⁾. Anche su questo fronte la lezione di Radbruch (e in particolare il suo scritto del 1946) costituiscono il fondamento dell'azione di Bauer e del suo ripetuto prendere posizione per l'imperativo della resistenza passiva⁽¹¹¹⁾.

Allo scrittore israeliano che lo intervistava confessava: « Der erzieherische Effekt dieser Prozesse — wenn es überhaupt einen gibt — ist minimal ».

⁽¹⁰⁸⁾ *Eine Grenze hat Tyrannenmacht*, cit., p. 177.

⁽¹⁰⁹⁾ *Das Widerstandsrecht des kleinen Mannes*, cit. Anche qui questo diritto è definito germanico (p. 211). Si vedano anche *Das Recht auf Widerstand und General Oster* (1964), in *HR*, pp. 215-223 (*KS II*, pp. 1170-77) e *Vom Recht auf Widerstand. Das Vermächtnis des 20. Juli an die Justiz* (1962), ivi, pp. 225-29 (*KS II*, pp. 909-912).

⁽¹¹⁰⁾ *Widerstandsrecht und Widerstandspflicht des Staatsbürgers*, cit., p. 191.

⁽¹¹¹⁾ Si veda il suo contributo, *Das "gesetzliche Unrecht" des Nationalsozialismus und die deutsche Strafrechtspflege*, cit., e i saggi contenuti in *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch*, cit., alle pp. 167-229. La Germania ha conosciuto solo il coraggio eroico al fronte verso il nemico esterno, non il coraggio civile, « il coraggio davanti al nemico

Un terzo gruppo di lavori riguarda il tema della rigenerazione di una cultura democratica che mostri di aver appreso la terribile esperienza della dittatura totalitaria. Contro lo spirito del nazional-socialismo che ha contaminato in profondità le istituzioni occorre risvegliare l'« autoriflessione critica ». In questo Bauer si muove in linea con le tesi esposte da Adorno nella celebre conferenza *Was bedeutet: Aufarbeitung der Vergangenheit?* (1959) ⁽¹¹²⁾. Unicamente a questo fine ha senso lo svolgimento dei processi ⁽¹¹³⁾. È sua convinzione che la parte del diritto penale sia piccola cosa rispetto a quella che viene attribuita all'educazione. Il saggio *Der Prozess Jesu* è rivelatore del suo profondo scetticismo nei confronti della funzione giudiziaria: vi si dice esplicitamente che nella figura di Pilato si riflette l'inadeguatezza umana del giudicare, l'incomprensione del reale di cui il giudice dà così sovente prova, la sua incapacità di resistere di volta in volta al condizionamento del potere o a quello dell'opinione pubblica ⁽¹¹⁴⁾.

Come non si può considerare denazificata la Germania perché sono state condannate alcune centinaia di criminali, così non si può pensare che il sistema giudiziario sia stato bonificato allontanando dal servizio un esiguo gruppo di magistrati. Ciò che è necessario (e che non ha avuto luogo dopo il 1945) riguarda un ambito ben più vasto ed è una « rivoluzione culturale » ⁽¹¹⁵⁾. Il tema è affrontato

dentro al proprio popolo » (così nell'intervista del 1963, p. 114). La tesi è che diritto e giustizia non sono possibili senza coraggio sul fronte interno.

⁽¹¹²⁾ Sul rapporto con questo testo di Adorno, FRÖHLICH, "Wider die Tabuisierung des Ungehorsams", cit., p. 135 e ss. Cfr. J. PERELS, *Der Umgang mit Tätern und Widerstandskämpfern in der Ära Adenauer*, in ID., *Das juristische Erbe des „Dritten Reiches“*. *Beschädigungen der demokratischen Rechtsordnung*, Frankfurt/New York, Campus, 1999, pp. 155-180; D. CLAUSSEN, *Unter uns. Die Remigranten Fritz Bauer, Max Horkheimer und Theodor W. Adorno treffen sich in Frankfurt*, in *Rückkehr in Feindesland?*, cit., pp. 109-117. Si riconnette alla questione della *Bewältigung der Vergangenheit* sollevata a suo tempo da Theodor Heuss.

⁽¹¹³⁾ Cfr. *Antinazistische Prozesse und politisches Bewusstsein. Dienen NS-Prozesse der politischen Aufklärung?*, in *Antisemitismus. Zur Pathologie der bürgerlichen Gesellschaft*, H. Huss, A. Schröder (Hg.), Frankfurt, Europäische Verlagsanstalt, 1965, pp. 167-188.

⁽¹¹⁴⁾ *Der Prozess Jesu*, in HR, pp. 423-25.

⁽¹¹⁵⁾ *Ungesübnte Nazijustiz*, cit., p. 139. Sulla concezione della democrazia, FRÖHLICH, "Wider die Tabuisierung des Ungehorsams", cit., pp. 129-282.

anche in uno scritto del 1965, *Im Namen des Volkes. Die strafrechtliche Bewältigung der Vergangenheit*, dove si mette in luce la peculiarità del lavoro giudiziario in rapporto ai crimini della dittatura nazionalsocialista. « I tribunali hanno il compito di giudicare e di condannare le azioni della dittatura nazista in nome del popolo. [Ma] anche queste azioni sono state a suo tempo commesse in nome del popolo »⁽¹¹⁶⁾. E il popolo in nome del quale quelle azioni sono state commesse continua ad esprimersi in prevalenza contro l'elaborazione giudiziaria del passato e contro il prolungamento dei termini di prescrizione.

8. *Un uomo sconfitto?*

Fritz Bauer venne trovato morto nella vasca da bagno del suo appartamento di Francoforte la mattina del 1° luglio 1968. Il decesso per arresto cardiaco, che avrebbe dato adito a qualche speculazione intorno a un ipotetico suicidio e non solo, risale probabilmente al giorno precedente. Non furono pochi comunque a porre quella morte prematura in relazione al bilancio sconcertante di tante battaglie, da cui il tenace combattente era uscito sconfitto. Nonostante l'impegno profuso e le attese nutrite in virtù del mai interrotto dialogo con le giovani generazioni, il bilancio della sua attività francofortese non poteva non dirsi fallimentare: per le ricerche che non avevano dato frutto (in particolare la caccia a Borman e Mengele)⁽¹¹⁷⁾, per le indagini che non erano approdate al dibattimento, per il sostanziale non accoglimento della tesi accusatoria nel processo Auschwitz, per l'abbandono del campo da parte del suo migliore collaboratore, soprattutto per la mancata palingenesi morale dell'opinione pubblica che da quell'esperimento pedagogico si attendeva⁽¹¹⁸⁾. Il pessimismo degli ultimi anni traspare anche dal

⁽¹¹⁶⁾ *Im Namen des Volkes. Die Strafrechtliche Bewältigung der Vergangenheit*, cit., p. 77.

⁽¹¹⁷⁾ Cfr. *NS-“Euthanasie” vor Gericht. Fritz Bauer und die Grenzen juristischer Bewältigung*, H. Loewy, B. Winter (Hg.), Frankfurt a. M., Campus, 1996.

⁽¹¹⁸⁾ Così, anche in riferimento al processo mancato contro i giuristi, SCHNEIDER, *Diener des Rechts und der Vernichtung. Das Verfahren gegen die Teilnehmer der Konferenz von 1941 oder: Die Justiz gegen Fritz Bauer*, cit., p. 224.

carteggio con Thomas Harlan, il figlio del celebre attore e regista cinematografico Veit Harlan, il protetto di Goebbels, autore del celebre *Jüüd Süß* ⁽¹¹⁹⁾.

L'ultimo anno di vita aveva aggiunto un'ulteriore amara delusione, sul fronte proprio di quella nuova generazione nella quale aveva riposto tanta fiducia: il rifiuto e la contestazione della vecchia società stava evolvendo verso un esito violento, destinato a generare soltanto un'involuzione autoritaria, e a fronte della quale egli non poteva che reagire con disorientamento ⁽¹²⁰⁾. La morte gli avrebbe risparmiato di assistere alle degenerazioni del movimento studentesco nonché al fallimento del processo contro il personale del *Reichs-sicherheitshauptamt*: in questo caso, il compromesso della « prescrizione fredda », sancito da CDU e FDP, avrebbe garantito l'impunità dei giuristi nazisti. La legge che avrebbe reso possibile quell'esito, di cui era ben consapevole, era stata comunque approvata il 24 maggio 1968, poche settimane prima del suo improvviso decesso ⁽¹²¹⁾.

Ma l'impegno non era venuto meno. Nell'ultimo anno di vita Bauer fu tra i sostenitori dell'iniziativa di Jan Gehlsen di ridare vita alla rivista del *Republikanischer Richterbund* weimariano, *Die Justiz*, fondando la nuova *Kritische Justiz*, che sarebbe diventata un organo importante per la messa in discussione della cultura giuridica domi-

⁽¹¹⁹⁾ Cfr. "Von Gott und der Welt verlassen". *Fritz Bauers Briefe an Thomas Harlan*, W. Renz (Hg.), Frankfurt a. M., Campus, 2015. Sull'avventurosa vita e sulla travagliata personalità di questo appartenente a una generazione oppressa dal peso dei padri J.-P. STEPHAN, *Thomas Harlan. Das Gesicht deines Feindes. Ein deutsches Leben*, Frankfurt a. M., Eichborn, 2007.

⁽¹²⁰⁾ È significativo qui un episodio biografico, di cui dà conto STEINKE, *Fritz Bauer*, cit., p. 263 e ss. Nel 1967, dopo che un incendio aveva fatto a Bruxelles oltre 300 morti, compaiono a Berlino volantini che inneggiano a pratiche di violenza incendiaria che trasformino la Germania in un Vietnam: Bauer, come i magistrati di Berlino chiamati a giudicare i due comunardi che li avevano diffusi, propendono per una lettura sdrammatizzante del testo (e i due in effetti vengono prosciolti). Pochi giorni dopo quella sentenza, Andreas Baader, Gudrun Ensslin e Thorwald Proll appiccano fuoco a un centro commerciale, proprio a Francoforte: e la campagna contro il liberale Bauer, che si accanisce contro i nazisti reintegrati ma è indulgente verso i rivoluzionari di professione, riprende vigore.

⁽¹²¹⁾ Cfr. PERELS, *Entsorgung der NS-Herrschaft? Konfliktlinien im Umgang mit dem Hitler-Regime*, cit.

nante. L'invito all'assemblea fondatrice della rivista, che ha luogo, anche con la sua partecipazione, il 18 marzo 1968 a Francoforte, porta la sua firma. La morte improvvisa gli impedirà di lasciare ad essa altro che un'eredità morale e un programma da svolgere. Il primo numero della rivista apparirà in quello stesso anno con un necrologio di Richard Schmid ⁽¹²²⁾. A raccogliere l'eredità dei suoi sforzi e del processo Auschwitz sarebbe stato quel filone di studi sulla macrocriminalità totalitaria che origina proprio dalle ricerche prodotte per le finalità del processo Auschwitz ⁽¹²³⁾; ma anche il rinnovamento delle teorie penalistiche che avrebbe avuto luogo a partire dagli anni Settanta sarebbe stato influenzato dai suoi scritti ⁽¹²⁴⁾.

Ben prima di diventare con il « suo » processo un soggetto cinematografico, Bauer ha ispirato importanti opere letterarie del nostro tempo, a cominciare da *Die Ermittlung* di Peter Weiss ⁽¹²⁵⁾. Lui stesso aveva invitato Horst Krueger ad assistere al processo e l'ultimo capitolo di *Das zerbrochene Haus* tratta del labirinto della colpa e del processo ⁽¹²⁶⁾. Nel 2017 il regista Alexander Kluge, che lo aveva fatto comparire in un suo film del 1964, *Abschied von gestern*, dove tiene un *Plädoyer* per l'umanizzazione della giustizia,

⁽¹²²⁾ Cfr. R. SCHMID, *Fritz Bauer 1903-1968*, in « Kritische Justiz », I (1968), p. 60 e ss., cit. in J. PERELS, I. WOJAK, *Motive im Denken und Handeln Fritz Bauers*, in HR, p. 14. Cfr. J. PERELS, *Die Humanität einer demokratischen Rechtsordnung — Fritz Bauer*, in Id., *Recht und Autoritarismus*, cit., pp. 360-66; Id., *In der Tradition der Frankfurter Schule — "Kritische Justiz"*, ivi, pp. 366-380.

⁽¹²³⁾ H. JÄGER, *Verbrechen unter totalitärer Herrschaft. Studien zur nationalsozialistischen Gewaltkriminalität*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1982 e Id., *Makrocriminalität*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1989; nella sua concezione di una criminologia critica quest'autore si è però progressivamente allontanato dalle posizioni di Bauer, cfr. FOLJANTY, JOHST, *Einleitung*, cit., p. 30. Inoltre W. NAUCKE, *Die strafjuristische Privilegierung staatsverstärkter Kriminalität*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1996.

⁽¹²⁴⁾ Cfr. V. REUSS, „Ihr bättet Nein sagen müssen“. *Fritz Bauers Widerstandgebot und das moderne Völkerstrafrecht*, in *Rückkehr in Feindesland?*, cit., pp. 173-201.

⁽¹²⁵⁾ S. BRAESE, „In einer deutschen Angelegenheit“. *Der Frankfurter Auschwitz-Prozess in der westdeutschen Nachkriegsliteratur*, in „Gerichtstag halten über sich selbst...“. *Geschichte und Wirkung des ersten Frankfurter Auschwitz-Prozesses*, I. Wojak im Auftrag des Fritz Bauer Instituts (Hg.), Frankfurt a. M., Campus, 2001, pp. 217-43.

⁽¹²⁶⁾ T. BOYD, *Ein Erinnerungsgang durch Das zerbrochene Haus von Horst Krüger*, in „Gerichtstag halten über sich selbst...“, cit., pp. 245-64.

gli ha dedicato un volume di racconti ⁽¹²⁷⁾. Il *Fritz Bauer Institut*, cui sono affidati gli archivi e a cui si deve un gran numero di pubblicazioni, è stato fondato nel 1995 e diretto fino al 2000 da Hanno Loewy, in seguito si sono susseguiti come direttori Micha Brumlik, Dietfrid Krause-Vilmar, Raphael Gross, Werner Konitzer. Sybille Steinbacher lo dirige dal 2017. Il cinquantenario della morte è stato commemorato a Francoforte dal Presidente della Repubblica Frank-Walter Steinmeier e da una conferenza di Norbert Frei.

⁽¹²⁷⁾ A. KLUGE „*Wer ein Wort des Trostes spricht, ist ein Verräter*“. 48 *Geschichten für Fritz Bauer*, Berlin, Suhrkamp, 2013.

GIANCARLO ANELLO

AN EXPERIENCED LIBERTY:
PHENOMENOLOGICAL APPROACH TO
RELIGIOUS FREEDOM AND
THE LIFE OF AN ITALIAN COLONIAL JURIST (*)

1. Introduction. — 2. Biographical outlines of Arnaldo Bertola. — 3. The idea of religious freedom of Francesco Ruffini as the « pre-institutional experience » of Arnaldo Bertola. — 4. The role of the cognitive interests in the colonies. The legal ethnography of Arnaldo Bertola. — 5. The interplay between religious habits and Italian colonial law (the so-called theory of the ‘Islamization of Law’). — 6. Conclusive remarks.

1. *Introduction.*

Italian colonialism was brief, notably transient and disorganized, especially if compared to its European counterparts, but it was characterized by an amazing experimental inspiration from the legal field. Italian legal professionals working in the colonies were compelled to develop their own — often original and creative — legal approaches in managing the complex relationships between legal authorities and colonial subjectivities. This work analyzes the extraordinary efforts of one such colonial jurist, Arnaldo Bertola.

Bertola was a judge in Libya and Rhodes, a Professor of ecclesiastical and colonial law at the University of Turin in the 1930’s, and a legal expert in Mogadishu, Somalia, after the war. Bertola’s case is noteworthy because of his innovative thinking, his remarkable personality, his unusual cultural eclecticism, and his sound, inner faith in the ideal of religious freedom.

(*) An earlier version of this article was presented at the 2018 Conference of the International Society for Intellectual History (ISIH) ‘Borders, Boundaries and Limits’, University of St Andrews, St Andrews, Scotland, United Kingdom, 10-13 June 2018, with the title *The Phenomenology of Arnaldo Bertola: Legal Categories, Cognitive Interests, Religious Habits, and their Interaction into the Life of an Italian Colonialist*.

The present paper aims to review Bertola's life in phenomenological terms. It is necessary to briefly explain this point: this phenomenological approach focuses on the consciousness of the scholar as experienced from the first-person point of view ⁽¹⁾. I assume that for Bertola, the colonial context was the object of his experience. He was interested in the colonial situation by virtue of his personal background and, more exactly, because of the idea of religious liberty he cultivated in his early life. The parallel study of his personal writings and papers, read in the « course of a lifetime », allows — as John Dewey would say ⁽²⁾ — for the delimitation of a « field » that reveals the way in which Bertola verified his previously acquired convictions regarding religious freedom. A phenomenological approach sustains that judgments of experience are not possible if isolated, but rather only if they are related to an overall context, or a « situation ». This « situation », in turn, cannot be reduced to the conscience of the person who makes experiment of it, nor does it coincide exclusively with momentary knowledge, although it includes it; it consists of everything that can be experienced by the person in any way. Only under these conditions experience can constitute a field of possible research and rational future planning, one that acquires a cognitive value. Thus, experiences support the stability of our concepts, modes of categorization, and cognitive habits.

Indeed, the impression I have had when overlapping the life of this Italian jurist with his writings was precisely that of a scholar who continually tried to verify his theories in an experimental way. Therefore, the essay explores his papers not only as a means of studying his legal achievements, but also in order to analyze his personal experience in the colonies. I will focus on three stages of his intellectual life.

1. The first stage is the period in which Bertola acquired the basic legal ideas and categories he would eventually apply in his profession. I call this phase « the pre-institutional experience », that

⁽¹⁾ See, for this basic definition, <https://stanford.io/2sMBM2T>.

⁽²⁾ M.J. BROWN, *John Dewey's Logic of Science*, in « HOPOS. The Journal of International Society for the History of Philosophy of Science », 2 (Fall 2012), 2, p. 258 ff.

is to say, those processes that determined his juridical doctrine and, in particular, the cognitive assumptions that emerged from his family background, academic education, personal relationships and professional duties as a judge in Rhodes and as a professor in Turin. To put it briefly, this argument is strongly dependent on the idea of religious freedom that Bertola acquired from his academic mentor, Professor Francesco Ruffini, as well as his personal position as a liberal Catholic scholar.

2. The second stage refers to the way in which Bertola's experience was directed by the curiosities and cognitive interests he cultivated within colonial society, and I call this stage « the ethnographical-legal approach ». Needless to say, scientific processes are strictly dependent on the experience and interests of those who put them in place. This connection is not contingent or casual, but stable and habitual because it pertains to human life and to the role that knowledge has in addressing daily problems. In the field of law, research processes are carried out through cumulative learning processes that serve to stabilize the opinions of individual interpreters, eliminate uncertainties, and to acquire new, non-problematic convictions. It is obvious that with the passage of time or with changing circumstances, this approach may problematize both convictions and the behavior guided by them. Since Bertola spent several years working as a legal professional in the colonies, the context influenced him deeply. As a result, he put in practice a method of knowledge-through-direct-experience, even in the legal field, that is very similar to current general anthropological methods.

3. The third stage discusses the way in which he verified, adapted and reverted prior assumptions to reflect the new situation. This process was the result of new cognitive interests and negative experiences, and for this reason I call this stage that of his « critical-reflexive attitude » or « the stage of self-criticism ». This type of cognitive behavior represents a distinctive feature within phenomenological theory and, once again, is present in the career of Arnaldo Bertola. His writings on the religious habits of Islam offer sufficient evidence that he progressively tested the problem of religious freedom within the context of Islamic culture, in both its contents and its limits. Particularly, he tried to ponder the compatibility between the norms of Islamic law and the norms of the colonial legal system,

defining a concept of right to freedom grounded on a semiotic combination of rules belonging to the two legal traditions.

Conclusions will be made to reassess the contemporary importance of studying colonial law, lawyers, legal experts and administrators for contemporary intellectual historians, focusing on the interplay between context and personal experience.

2. *Biographical outlines of Arnaldo Bertola.*

Arnaldo Bertola was born in Sostegno, Biella, on August 15, 1889. During his high school years, he took part in the first manifestations of Italian political Catholicism, especially through the activities of the newspaper « Il Biellese ». He graduated in law in 1910, with a thesis on religious corporations supervised by Francesco Ruffini.

A lawyer since November 15, 1911, he was appointed judge on August 20, 1913. At the outbreak of the Great War he served in the 24th infantry regiment and left for Tripolitania and Cyrenaica on December 11, 1915. In Benghazi, he served in the 43rd Infantry Regiment and there applied to the military court as an instructor officer, with effect from October 1, 1917. By the end of the war, Bertola had completed seven campaigns of war, earning a merit cross on the field.

After the war, he moved to the Military Tribunal of Rhodes in 1919 as an official instructor where, starting from October 10th of the same year, he was also commissioned by the Civil and Criminal tribunals. He was appointed President of the court of Rhodes from 1920 to 1928. and a few years later as professor of ecclesiastical law and colonial law in Pavia, Urbino, and (from 1931) Turin.

Due to space constraints, I will not address Bertola's role in the Fascist State, however it should be noted that although he was officially a member of the party, he never subscribed to the ideology. This is evidenced by his work as a partisan in North Italy from 1943; moreover, he lost one of his sons fighting with the Allies against the Nazi-Fascists.

After World War II, from 1956 to 1960, Bertola was a professor of public law at the Somalia University Institute of Mogadishu. Scientific outcomes of this period include the volume entitled

History and Institutions of Afro-Asian Countries, in which he deals with the issue of the de-colonization, and the essay entitled *Religious Confessionalism* ⁽³⁾ and *Human Rights in the Constitution of Somalia*, which is the outcome of his activity as a member of the Committee for the Constitution of the Somalia.

Bertola authored more than 200 publications in the fields of ecclesiastical law, canon law and colonial law. He was also a musical composer, critic of sacred music, ten-year long president of the conservatory of Turin and from 1964, a national member of the Academy of the Lincei. Bertola died in Turin on September 22, 1965 ⁽⁴⁾.

3. *The idea of religious freedom of Francesco Ruffini as the « pre-institutional experience » of Arnaldo Bertola.*

The idea of religious freedom as a value and pillar of the constitutional legal system was crucial in Bertola's « pre-institutional experience », for he was a Catholic and the most important academic fellow of Francesco Ruffini ⁽⁵⁾. Just a preliminary remark: the

⁽³⁾ Confessionalism is here taken to mean political address according to which a state enlists its powers to support a particular religious belief system and asserts the latter's monopoly position and perquisites, while arranging the other confessions hierarchically, limiting their rights according to the priorities of national policy.

⁽⁴⁾ The reconstruction of Bertola's life was possible thanks to a doubly lucky combination: on the one hand, the scholar's careful archiving of his personal papers, professional certificates, volumes, correspondence and documents; on the other, the family legacy and, in particular, the love of his daughter Beatrice, who kept a large part of her father's documents and left them to her nephews, who graciously allowed me to consult them. In the previous bibliography, see A.C. JEMOLO, *Arnaldo Bertola*, in « Il Diritto ecclesiastico », LXXVII (Luglio-Settembre 1966), 3, pp. 310-312; G. OLIVERO, *Arnaldo Bertola 1889-1965*, in « Annuario dell'Università degli Studi di Torino », 1965, pp. 485-487; R. MAZZOLA, *Arnaldo Bertola*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, vol. I, Bologna, il Mulino, 2013, p. 236 ff.

⁽⁵⁾ Francesco Ruffini was born in Lessolo Canavese, Italy, in 1863. He taught in Pavia and Genoa before becoming professor in Turin, first in legal history, then in ecclesiastical law with a particular focus on religious freedom and freedom rights in general. From 1910 until 1913, he served as Rector of the University of Turin. He was appointed a Senator in 1914. From June 1916 until October 1917, he served as Minister of Education. A member of numerous learned societies, he was President of the Academy of Sciences of Turin from 1918 until 1922. From 1922 until December 1925,

designation of a « pre-institutional experience » presumes and opposes Professor Bertola's « institutional experience », which is instead connected with his public offices as a judge and as a professor of law. Roughly speaking, this institutional factor implies two elements: first, the value and concept of religious freedom Bertola had in mind was dependent on the relevance of this issue to the relationship between Church and State in Italy. Second, his interest in analyzing this idea in the context of the colonies was influenced by the lack of any enduring public policy to govern the colonies. Bertola believed that the colonial order offered greater discretionary space for juristic interpretation.

Yet, as mentioned, basic inspiration during the « pre-institutional experience » phase arrived from Francesco Ruffini, who was Bertola's academic mentor regarding his Catholic education. Ruffini was a Professor of Legal History and of Ecclesiastical Law, Rector of the University of Turin, Senator of the Kingdom of Italy, and Minister of Education. In 1925, he was among the authors of an anti-fascist manifesto, and in 1931, he was among the 12 university professors to refuse loyalty to Mussolini. In brief, he was an internationally recognized advocate for religious freedom of his time ⁽⁶⁾.

His main contribution in the construction of the idea of

Ruffini was a member of the International Committee on Intellectual Cooperation (ICIC). From 1926 until 1930, Ruffini was a member of the Sub-Committee on Intellectual Rights at the International Institute of Intellectual Cooperation (IIIC), which worked on questions of scientific property. Ruffini died in 1934. See, for official biographical outlines: <https://bit.ly/2ILna8G>, <https://bit.ly/2IN0LaL>. See for the life and the legacy of Ruffini, A. BERTOLA, *A proposito di un cenno biografico su Francesco Ruffini*, in « Il diritto ecclesiastico », 1 (1953), pp. 484 ff. and Id., *La vita e l'opera di Francesco Ruffini*, in *Annuario*, University of Turin, Academic Years 1946-47 and 1947-48, Torino, Tipografia Artigianelli, pp. 38-39. A recent and complete biography is A. FRANGIONI, *Francesco Ruffini. Una biografia intellettuale*, Bologna, il Mulino, 2017, pp. 1-475.

⁽⁶⁾ See F. RUFFINI, *Religious Liberty*, London and New York, Williams & Norgate, 1912, pp. 1-17; Id., *Religioznaia svoboda: Istoriia idei*, translated by A.N. Il'inskij, ed. prof. V.N. Speranskij, St. Petersburg, N. P. Karbasnikov, 1914, p. 1 ff.; A.A. SAFONOV, *The Right to Freedom of Conscience and of Confession in Late Imperial Russian Public Discourse*, in « Russian Studies in History », 51 (Winter 2012-13), 3, pp. 30 ff.; R. AHDAR, I. LEIGH, *Religious Freedom in the Liberal State*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 29.

religious freedom consisted in affirming that « religious freedom » was a historical term with a meaning that changed over time (7). When Ruffini, in his earlier work, masterfully set out the history of the idea of religious freedom, he based this notion on the concrete reality of historical experience, severing this right from over-rigid dogmatism. More specifically, he held that religious freedom is not a philosophical term, or even a theological principle, but rather an essentially juridical concept, and as such it takes a legal position in that unremitting struggle that has been fought between men ever since man has existed and will perhaps continue so long as man exists. As a juridical concept, for Ruffini the purpose of religious freedom is utterly practical:

The purpose of religious freedom [...] consists in creating and maintaining a state of affairs in society such that every individual may pursue and acquire for himself those two supreme ends (faith and free thought) secure that other men, individually or grouped together in associations or epitomized in that supreme community of all which is the State, may not raise the slightest obstacle or inflict the least damage by so doing (8).

Ruffini identified two basic elements in the concept of religious freedom that characterized the liberal form of government of his age. The first, which underscored the individual nature of that freedom, consisted in freedom of conscience (that Ruffini also called « liberty of belief »), defined as « the privilege of the individual to believe in what religion he pleases, or, if he prefers, to believe in none » (9).

The second bore on collective manifestations of that liberty,

(7) See RUFFINI, *Religious Liberty*, cit., p. 2-3. Cf. also F. COSSIGA, *A History of Religious Freedom in Italy*, in « Loyola University Chicago Law Journal », 23 (1992), 4, pp. 620 ff.

(8) F. RUFFINI, *La libertà religiosa. Storia dell'idea*, Torino, Fratelli Bocca, 1901, p. 5: « Il suo intento è [...] assai più modesto e tutto quanto pratico. E sta in creare e mantenere nella società una condizione di cose tale, che ogni individuo possa perseguire e conseguire a sua posta quei due fini supremi, senza che gli altri uomini, o separati o raggruppati in associazioni o anche impersonati in quella suprema collettività che è lo Stato, gli possano mettere in ciò il più piccolo impedimento o arrecare per ciò il più tenue danno », English translation is mine.

(9) *Ibidem*: « il privilegio dell'individuo di credere a quello che più gli piace, o di non credere, se più gli piace, a nulla », English translation is mine.

the propaganda and exercise of a given religious belief that Ruffini called the liberty of worship.

To bring the law to bear in ensuring freedom of conscience and worship, the right to freedom of religion must be declared in the State constitution. Moreover, to regulate relations between the individual and the state, civil norms must be designed so that the life of the former could

run its course from the cradle to the grave without receiving from the State any disturbance or impulse of a religious character ⁽¹⁰⁾.

Finally, Ruffini stated that to ensure that religious freedom is truly equal for all the religious denominations and hence comprehensive within the State, it is not necessary to treat all religions in an identical manner because every religious denomination has its own distinctive and differing features. This principle opened the scientific and conceptual path to a differentiated system for governing relations with the denominations, in accordance with the system under which the public authority governs each one proportionally, but always according to the canons of freedom.

As a result, the idea that Bertola learned at university during his time with Ruffini was that religious freedom has a sort of « negative » meaning: every State must limit its freedom and authority toward individuals in some specific areas, like conscience and worship. This limitation is not a voluntary restriction acquired by the State, but rather a necessary and inherent one depending on the inviolability and inalienability of the individual's right to religious freedom. This conception was proper to liberal political theory and guaranteed to national citizens a legally protected sphere in which the subject could do what he wanted according to his incontestable will. In the case of religious freedom, the State could not interfere in matters of conscience and worship.

This was the basic idea Bertola tried to apply in his early stage of life as a judge in the colonies, but because of his office, he began to ask whether in that context religious freedom should be

⁽¹⁰⁾ Ibid., p. 13, also making mention of the the famous sentence of Friedberg: « trascorrere dalla culla alla tomba senza che più venga loro da parte dello Stato nessun impaccio, come nessun impulso di carattere religioso », English translation is mine.

something different. He argued that it could apply in other situations, like the large and complex matter of family relationships and succession. Bertola pondered the fact that in those areas, former legal systems had been regulating family status directly according to religious law (as in Libya), or else made mention of certain customs, which were religious as well (as in the Aegean islands). Accordingly, it seemed reasonable to him to ask whether recalling indigenous law justified a greater extension of religious freedom or whether these approaches were instead due to:

another distinct concept of generic and agnostic respect for traditions and customs that are indigenous, religious or not, to which the State is induced by reasons of political interest ⁽¹¹⁾.

In short order, in his following papers he came to theorize a broader scope for religious freedom in these terms:

this principle of religious freedom, which responds to one of the most characteristic attitudes of the modern State, in colonial law assumes a considerably broader meaning, with a content that is far more extensive than is normally attributed to it in liberal State systems, and in particular in that of the Kingdom of Italy. In these systems, in fact, religious freedom — regardless of the particular discussions on its juridical-philosophical essence — is generally considered in practice as a set of positive laws protecting conscience and worship, through various norms and penalties, (either positive-direct, or negative, or indirect), established for this purpose. [...] In colonial law, on the other hand, and particularly in the positive Italian colonial system, with which our study is concerned, the concept of religious freedom has come, as we have said, to be commonly understood as inclusive of a much broader content. It covers not only the two aforementioned liberties, but also the recognition of rights that can be considered extraneous to the freedom of conscience and worship in the metropolitan State system. That is, excluding mention of the most salient — family law and succession — a vast sphere of canonical or customary relations, and the recognition or the establishment of jurisdictional bodies with competence over such relationships. This extension of the ordinary concept of religious freedom into the colonial legal system is caused by twofold reasons. First of all, the differing concept of public order implemented in colony with respect to the metropolis results in differing limits for certain religious institutes in their

⁽¹¹⁾ A. BERTOLA, *Estensione e applicazione del concetto di libertà religiosa nel diritto ecclesiastico coloniale*, in « Archivio Giuridico Filippo Serafini », Quarta Serie, XXXIV (1937), p. 115: « altro concetto, ben distinto, di rispetto generico ed agnostico alle tradizioni ed usanze indigene, religiose o no, cui lo Stato sia indotto da ragioni di convenienza politica », English translation is mine.

respective systems [...]. Secondly, another concept, or rather a general reference to colonial policy that includes a certain category of indigenous institutions that the State usually deems it appropriate to protect by law, and that in some places and for some populations belong to the category of religious institutes. Religious not by their nature, but because they are in some way regulated by religious laws or because they have been left by previous regimes to the competence and jurisdiction of religious authorities⁽¹²⁾.

In Bertola's reasoning, it is possible to observe a sort of shortcoming between two different conceptions of freedom. On one side, he recalls the traditional idea of «negative» freedom: this

(12) A. BERTOLA, *Il regime dei culti nell'Africa italiana*, Bologna, Licinio Cappelli editore, 1939, pp. 9-11: « questo principio della libertà religiosa, che risponde a uno degli atteggiamenti più caratteristici dello Stato moderno, nel diritto coloniale suole assumersi in senso notevolmente ampliato, con un contenuto cioè di gran lunga più esteso di quanto non gli sia attribuito normalmente negli ordinamenti statali metropolitani, e in particolare in quello del regno d'Italia. In questi ordinamenti infatti la libertà religiosa — a prescindere dalle discussioni particolari sulla sua essenza giuridico-filosofica — si concreta in genere in un regime di diritto positivo col quale viene o si intende tutelata la libertà di coscienza e quella di culto, attraverso le varie guarentigie e sanzioni, (o positive-dirette, o negative, o indirette), stabilite a tal uopo. [...] nel diritto coloniale invece, e particolarmente negli ordinamenti positivi coloniali italiani, a cui è rivolto il nostro studio, il concetto di libertà religiosa è venuto, come abbiamo detto, comunemente a intendersi siccome comprensivo di un contenuto molto più vasto, — non soltanto con una maggiore estensione di quelle che potrebbero in sostanza farsi rientrare semplicemente tra le garanzie delle due suddette libertà — ma anche col riconoscimento di diritti che possono ritenersi estranei alla libertà di coscienza e di culto negli ordinamenti statali metropolitani. E cioè, per non citare qui che i più salienti, col mantenimento di tutta una serie di istituti, specialmente di diritto familiare e successorio, e conseguente efficacia, per una tale vastissima sfera di rapporti, di norme canoniche o consuetudinarie di origine religiosa o dichiarata tale, e infine col riconoscimento o la costituzione di organi giurisdizionali con competenza su tali rapporti. Tale ampliamento del concetto ordinario della libertà religiosa nell'ordinamento giuridico coloniale, può riportarsi a un duplice ordine di cause. Anzitutto al diverso concetto di ordine pubblico attuato in colonia rispetto alla metropoli, onde diversi sono i limiti che nei rispettivi ordinamenti vengono a trovare certi istituti religiosi [...]. In secondo luogo a quell'altro concetto o piuttosto indirizzo generale informatore della politica coloniale, del rispetto a una certa categoria di istituti indigeni che consuetudinariamente lo Stato ritiene opportuno far salvi ordinando legislativamente le sue colonie, e che in taluni luoghi e per alcune popolazioni indigene rientrano nella categoria degli istituti religiosi. Religiosi non per loro natura, ma perché in qualche modo regolati da leggi religiose o perché lasciati dai precedenti regimi alla competenza e alla giurisdizione delle autorità religiose », English translation is mine.

concept is of the liberal State and is limited to guarantee a legally protected sphere in which the subject can do what he wants according to his incontestable preferences. On the other side, he grasps a sort of « reflection » and « social freedom », in which liberty depends not only on the competent and conscious choice of the subject, but also on the premise that social conditions and institutions contribute to realize the extent of freedom ⁽¹³⁾.

In more explicit terms, although moving away from the « Ruffinian » idea of individual freedom in the religious sphere — traditionally a public sphere right guaranteeing a private space of non-interference connected to individual conscience and worship — living in the colony he focused on the reflective and social nature of freedom rights. The people feel free insofar as they are able to act according their cultural standards and values within society. More precisely, on the basis of his own contextualized observation, Bertola seemed to understand intuitively that to be effective, individual freedom cannot be achieved only in the inner and private individual sphere but must also be reflected in the social and institutional sphere. Only the connection between the private and the public spheres can ensure, or better, encourage, through the collaboration of the other members of society, the realization of the individual right to religious freedom.

Moreover, he understood how the cultural connection between the individual sphere and the legal and social context implies that religion could properly assume a cognitive function. In certain circumstances, references to the culture and legal traditions of Islam contributed to clarifying the meanings of indigenous attitudes and their legal institutions. The cultural framing of rules into religious values was necessary to explain the way in which people reasoned, conceptually defined their behaviors, made causal connections between events and effects, determined their moral judgments, and proposed goals and interests worthy of protection. All of this was viewed according to categories and processes mostly unknown to western jurists. Thus, a pragmatic evaluation of the effectiveness of

⁽¹³⁾ This is the core of the idea recently strikingly outlined by A. HONNETH, *Freedom's Right: The Social Foundations of Democratic Life*, New York, Columbia University Press, 2015, p. 69 ff.

religious freedom for Bertola should be focused precisely on the analysis of continuity/discontinuity between the internal/private forum, religious traditions and the social experience of the law.

In sum, according to his pre-colonial convictions (his pre-institutional experience) Bertola would have identified the core of religious freedom in the structures of conscience and worship, assuming that other aspects of subjectivity (personal status, family life, succession) would be regulated in the public sphere, and in harmony with (his own) Christian faith and culture. Yet, living in Muslim countries, Bertola recognized that even those behaviors could be understood as religious in a broader sense, too. Therefore, he recognized that habits connected to personal status, marriage, succession were both different and effectively religious. This meant that they were in need of a corresponding freedom. To summarize, it was precisely the experience in the « context » that generated the question and placed it before the eyes of the jurist. As a result, Bertola decided to modify the scope of religious freedom according to the different religious traditions, and in this regard he wrote:

The differences that are felt in the legal regime of the various cults are largely dependent on the principle of respect for religion. This principle requires, as we saw in the colony, that the respect for religion is completed by the respect for local customs and institutes. Once it is understood that respect for religion means not only guaranteeing freedom of conscience and worship but also respecting those activities more or less closely related — according to the principles of their respective religions — to guaranteeing the same extent of religious freedom necessarily implies a different concept of the limits of equality of cults. In other words, if the determination of the religious character, and of regulation as such of a series of relationships that metropolitan law normally considers extraneous to religion is based in the colony essentially on doctrine and on the internal constitution of the various religions — then it is obvious that the extent of the regulations must vary more or less sensibly according to the different doctrinal considerations that the disciplines of the various religions make of these points ⁽¹⁴⁾.

(14) BERTOLA, *Il regime dei culti nell'Africa italiana*, cit., p. 29-30: « le differenze che si avvertono nel regime giuridico dei vari culti, sono in gran parte direttamente dipendenti dallo stesso principio del rispetto della religione, nella sua attuazione più lata, quale vedemmo aversi in colonia, e cioè integrata da rispetto delle consuetudini e istituti locali. Inteso cioè il rispetto della religione non soltanto come libertà di coscienza e di culto ma anche come rispetto di quelle attività connesse più o meno strettamente — secondo i principi delle rispettive confessioni — all'esplicazione della libertà religiosa delle medesime, ne discendono necessariamente da tale concetto dei limiti ad una

Even though the language of Bertola in this case may appear quite dense, this long quotation is necessary to underscore that in the mind of the Italian colonist the idea of the religious freedom is on the way of transformation. More in detail, it seems that Bertola is more willing to take into account the religious and customary dimension of the religious freedom, or — I might say — the culture-specific character of this freedom's right, as it will become clear in the next paragraph.

4. *The role of the cognitive interests in the colonies. The legal ethnography of Arnaldo Bertola.*

A phenomenological approach implies that the motivations driving research rely on the desire to satisfy a need for knowledge. In daily life, this instinct does not depend so much on a purely theoretical and disinterested impulse, but rather on an urge to solve practical problems, possibly related to the anthropological needs of social interaction. In other words, processes of knowledge are caused by the wish to direct a « rational » action towards a goal, and then verify the results of the action with respect to the objective. To prevent the processes of knowledge from becoming labile or contingent, it is necessary that they take place within a context made « objective » through the delimitation of its boundaries and its rules. In this process, « cognitive interests » play a central role.

Cognitive interests can be defined as basic noetic guidelines aimed at solving systematic problems. On the one hand, the interests that drive knowledge are always born of vital connections and work with them; on the other hand, cognitive interests constantly attest that social living is possible only through a specific connection between knowledge and action. From a certain point of social

integrale parità di culti. In altri termini, se la determinazione del carattere religioso e del regolamento come tale di una serie di rapporti che normalmente il diritto metropolitano considera estranei ad ogni riflesso culturale, si basa in colonia essenzialmente sulla dottrina e sulla costituzione interna delle varie confessioni — è ovvio che l'ambito di tali rapporti debba variare più o meno sensibilmente a seconda della diversa considerazione dottrinale che di tali punti può fare la disciplina delle varie religioni », English translation is mine.

development, these interests must be satisfied in a methodical way through regular and specific research procedures in order to avoid putting the life of the society at risk. This fact depends largely on the predictability of collective behavior, on the resolution of problems and inter-subjective conflicts, and on the regular effectiveness of the practiced solutions.

Such a noetic scientific framework is coherent with the process of research, knowledge and control of legal science. All the factors of the cumulative process of knowledge are present:

- cognitive interests are provided by the concrete legal cases that involve legal practitioners (lawyers, magistrates, notaries, scholars);

- the objectified delimitation of the research context is determined by the rules and principles of a certain legal system;

- the processes of rationality and verification of solutions are achieved through the regulatory function of the courts.

- In all of this, activities of cognition and research are embodied in the interpreter and in his ability to identify coherent semiotic combinations between sets of norms and concrete situations.

Given the above listed premises, Bertola applied his scientific mind according to the cognitive interests arising from the indigenous society, its law traditions, and behaviors, so that he developed a method and a theory of knowledge through direct experience, which many of his works clearly draw from. This methodology can be summarized as follows:

1. Interpreters must have a personal and direct knowledge of the problems at hand. Bertola emphasized the need to study the legal institutions *in situ*, even going beyond pre-established scientific barriers. He tried to emphasize the importance of an ethnographic approach to religious rights, namely the direct acquisition of knowledge of the legal institutions of colonized people. He advocated the importance of ethnographic-juridical observation, and of the direct experience of knowledge of the juridical facts:

If empirical observers, or practical observers lacking sufficient legal preparation, were content to record and publish what they saw, with their variation of direct and objective testimony (pronouncements of local, also indigenous magistracies, models and forms of contracts, customs and usages,

etc.) they would provide incomparably more precious material for the legal science, rather than [their current approach] pretending to elaborate this material by themselves with subjective appreciations and opinions, mostly having the sole result of deforming the clear lines of the phenomenon and hiding their genuine appearance ⁽¹⁵⁾.

2. A detailed observation of the problems at issue is the best premise for the scientific approach. Bertola tried to change the scientific mentality of the jurists of the time, promoting interdisciplinarity and practical knowledge instead of abstract theory. Recalling Augustine, he used to say that the colonial jurist shouldn't be a *vocabolorum opifex*, but an *inquisitor rerum*. The modern jurist should be an investigator of positive problems and a faithful observer of reality, rather than a supporter of theories or empty words about untrustworthy information. In his opinion, anthropological competence should have been an integral part of juridical epistemology.

3. Every theory must be applied and verified in the field, accepting also the possibility to test the results and change the theory whenever it fails in daily observation. The phenomenological value of Bertola's teachings is not only grasped in the importance he gives to the experience of the field and in his drive towards a « situated knowledge », but it is also expressed by his putting into practice the reflective critical course of a knowledge formed on an empirical basis.

This reasoning must be fully explained: considering experience as a basic canon of knowledge, it follows that experience is useful because it allows for the resolution of problems that have been previously experienced. In turn, this assumption can be di-

⁽¹⁵⁾ A. BERTOLA, *Gli studi coloniali e la loro importanza per il presente*, in « Rivista di diritto coloniale », 1 (Gennaio-Marzo 1938), 1, p. 10: « se gli osservatori empirici, o i pratici sforniti di sufficiente preparazione giuridica, si contentassero di registrare e pubblicare quello che vedono, col variare della testimonianza diretta e obbiettiva (pronunzie di magistrature locali, anche indigene, modelli e formulari di contratti, consuetudini e usi, ecc.) fornirebbero un materiale incomparabilmente più prezioso, per la scienza giuridica coloniale, che non col pretendere di elaborare essi stessi questo materiale con apprezzamenti e ampliamenti soggettivi, aventi per lo più l'unico risultato di deformare le schiette linee originarie del fenomeno e di nascondere l'aspetto genuino », English translation is mine.

vided into two parts: (i.) the cognitive function of experience does not resolve itself in the personal participation of the subject in repeatable situations, (ii.) but encompasses from time to time the confirmation of his/her knowledge used to rationally plan future behavior, in view of the achievement of his/her own purposes. The repeatability of situations gives the subject useful information to evaluate similar circumstances; and the repeatability of certain situations is also the condition that allows the subject to check the validity of the solutions devised previously.

However, if accepted in this sense, this notion also presents some specific problems: on the one side, the appeal to experience is one of the criteria of the validity of knowledge and supports an empirical approach in the strict sense, based on repeatability and controllability of experiences; on the other side, a question arises regarding the possible contrast between personal experience and generalized, rational knowledge. If we are to resolve these uncertainties, we must hypothesize that experience-based knowledge can have a critical-reflexive course, that is to say that it can be formed at the very moment of interaction between the observing subject and the observed situation. The transition from the object to the reflective knowledge of it depends on the experience of the observer of that object, with the consequence that the experience is, above all, a matter for the sole phenomenological observer and that also the phenomenological observer is involved in the reflection, which foresees a transformation in its awareness for each degree. It is for this reason that it is commonly affirmed that the experiences from which one learns are the « negative » ones, that is, those that deviate from the previous ones and that due to their evidence or their repetition confute the beliefs that were previously acquired. Such negative experiences may contrast with an already established opinion and, in doing so, may undermine the subject's future prediction capabilities. And it is for this reason that it is commonly asked that the data of personal experience should be tested and verified by others.

This full phenomenological approach is preliminary to the final section of the paper, in which I will analyze chronologically Bertola's various opinions concerning Islamic religious habits and their compatibility with his former idea of religious freedom. Bertola

was not the only legal player to walk this path. Recent studies widely demonstrate that Italian judges and judicial praxis in the colonies could be considered a sort of flowing experiment in multi-normativity, understood in the dynamic sense as the interweaving of different spheres of normativity of socio-religious and cultural rules (16). It is worth noting yet that Bertola's example is still relevant and farseeing, because of his own experience's characteristics, his former academic expertise, his insightful cognitive interests, and his open-minded passion for liberty.

5. *The interplay between religious habits and Italian colonial law (the so-called theory of the 'Islamization of Law').*

Putting into practice the reflexive-critical course of knowledge formed on an empirical basis is the main — and most onerous — duty of a scientific mind. Every single scholar represents the center of this cognitive process. Being the actor of knowledge, the scholar carries research forward along its way, hopefully without a prescribed end. This route is susceptible to changes of pace and direction when it is prompted by new facts and scientific curiosities. In this process, cognitive interests lead and follow at the same time: they guide the researcher, but they are conveyed by new phenomena stemming from the field of observation. Once perceived, they can be the reason for the crisis or the refutation of the previous convictions. Each scholar, therefore, has the major role and the responsibility to follow the pathway of investigation, developing his studies, pondering cognitive interests, and maintaining a critical attitude toward his/her own ideas.

This is precisely what Bertola did in his evaluation of the religious habits of the Islam. In 1925, at the beginning of his activity as a colonial judge and a scholar of Islamic law, he considered the Islamic culture incapable of conceiving freedom in the same way as European culture, noting a tendency towards

(16) See — extensively — the article of A.M. DI STEFANO, *Italian Judges and Judicial Practice in Libya: A Legal Experiment in Multinormativity*, in « American Journal of Legal History », 58 (1 December 2018), 4, p. 425 ff. under the section n. 8 entitled *The colonial space as juridical laboratory: interpretative paradigms*.

the intimate and necessary radical intolerance of every follower (17).

This situation appeared to him connatural to the religion itself, so much so that he wrote that the spirit of tolerance was

absolutely alien and contrary to the essence of Islam (18).

A few years later in 1931, his analysis modestly changed. The intolerance of Muslims was not so much an anthropological characteristic of Islam but was instead probably the consequence of the hegemony that this religion had held until then in the Ottoman world, also because of its legal status as a state religion. Bertola then realized that this attitude could have been mitigated or removed through a specific provision of ecclesiastical politics, that is to say the constitution of the Islamic community in a separate community like the other denominations present in the Aegean islands.

In 1938 as a colonial judge, Bertola once again modified — this time importantly — his opinion, so much as to assume the possibility of a sort of virtuous combination between Italian and Islamic law (this theory was already called, though not quite so exactly, the « Islamization » of law):

By this name we intend the careful and prudent adaptation of the norms of Islamic law to relationships and institutes which, although not contemplated by it, make themselves appear understood and approved by its precepts. This theory was propounded by the Christian Turkish minister Savvas Bashà, who published very well-known writings in French, and was supported by many writers of colonial law (19).

(17) A. BERTOLA, *Il regime dei culti in Turchia: I. Il regime dei culti nell'impero Ottomano*, Torino, Società Editrice Internazionale, 1925, p. 44, footnote 1: « l'intolleranza radicale intima e necessaria di ogni seguace dell'Islam », English translation is mine.

(18) *Ibid.*, p. 57, footnote 20: « assolutamente estraneo e contrario all'essenza del momettismo », English translation is mine.

(19) BERTOLA, *Il regime dei culti nell'Africa italiana*, cit., p. 126-127: « Con tale nome si intende l'adattamento avveduto e prudente delle norme del diritto islamico a rapporti ed istituti che sebbene da esso non contemplati, si fanno tuttavia apparire compresi e approvati dai suoi precetti. Questa teoria fu propugnata dal ministro turco cristiano *Savvas pascià*, (che al riguardo pubblicò in francese scritti molto noti), e caldeggiata da molti scrittori di diritto coloniale », English translation is mine.

In this phase, Bertola took into account a research interest in new itineraries of interplay between Italian law and religious law, conveyed by a practical goal to solve certain colonial problems and to address the possible interweaving of the cultural and juridical dimensions. It should be noted that, in supporting this idea, Bertola applied Ruffini's dogmatic theories in the end, according to which the «duplicity of sources» of the law was «the most peculiar discrete note» of Italian ecclesiastical law.

This type of attitude and scientific method — Ruffini would have said — should have led the scholar of ecclesiastical law to follow — Bertola literally cited — a «cosmopolitan juridical study» that could then lead the Italian doctrine to confront, «cooperate», and «compete on the field» with «foreign scientific production» on the subject ⁽²⁰⁾. Moreover, these theoretical connections should not remain on the surface, anchored to a merely formal reference to different norms, but rather penetrate deeply and in «substance» both religious law and that of the State. These remarks express exactly the value and inspiration of Bertola's legacy for contemporary scholars, but this point will be further addressed at the conclusion of the essay.

Returning to the cognitive-combinatory potential between norms of the colonial order and norms of Muslim religious law, the opportunities inherent in this approach were reaffirmed in the post-war period. In 1956, working under the Somali fiduciary administration on the drafting of a constitutional text, Bertola harshly criticized assimilation policies by deeming them «forced» and «immature». Against these, he explained how the task of Italian experts was now to create a cultural (that is to say, cognitive) framework in within which the young Somali State could build, sustain itself, and progress, and how this framework could also be grounded on Islamic law culture:

In other words, it is necessary to determine the creation of a conscience and we will not say mass, but at least diffused in the greatest possible number of citizens, of what the function of the State is. [...] First of all, for the constitution of a new state and its government at least one element is

⁽²⁰⁾ Exactly this teaching of Ruffini is mentioned by BERTOLA, *La vita e l'opera di Francesco Ruffini*, cit., p. 28, all the translations are mine.

indispensable: men who can ensure the essential forms of social, juridical and economic life, with a specific cultural preparation and above all with the possession of a mental form of lawfulness that only the systematic study of law can confer ⁽²¹⁾.

In 1964, not far from death, presenting the volume *History and Institutions of the Afro-Asian Countries*, he thanked, with moving words,

[the] willing and intelligent African students, to whom I had the opportunity to teach the institutions of public law in the University Institute of Mogadishu — adding that — many of them, worthily assumed then to important public functions in the new Somali republic, were — in difficult moments of the transition of the country from the condition of protection to that of full independence and sovereignty — of exemplary demonstration of the high results achieved by the school, when students and teachers, outside of any faction or party spirit, are united in the honest and sincere desire of the public good ⁽²²⁾.

In so stating, the complete overturn of his early prejudice about Islamic religion and culture was concluded, and a pluralistic theory of semiotic combination between the norms of Islamic and public law was on its way. Nevertheless, this liberal and moderate approach, to present, has not been cultivated since the sudden fall of

⁽²¹⁾ A. BERTOLA, *Legislazione civile, legge sacra e diritto consuetudinario* (1956), in Id., *Scritti Minori*, Torino, Giappichelli, vol. III, 1967, p. 307: « È necessario in altri termini determinare la creazione di una coscienza non diremo certo di massa, ma quanto meno diffusa nel più gran numero possibile di cittadini, di quella che è la funzione dello Stato. [...] per la costituzione di un nuovo Stato e per il suo governo sono prima di tutto indispensabili uomini che possano assicurare le essenziali forme di vita sociale, giuridica ed economica, con una seria preparazione culturale specifica e soprattutto con il possesso di una forma mentale di ossequio alla legge che solo lo studio sistematico del diritto può conferire », English translation is mine.

⁽²²⁾ A. BERTOLA, *Storia e istituzioni dei paesi Afro-asiatici*, Torino, Giappichelli, 1967, p. 4: « volenterosi e intelligenti allievi africani, ai quali ho avuto la ventura di insegnare le istituzioni di diritto pubblico nell'Istituto universitario di Mogadiscio », adding that « molti di essi, degnamente assunti poi a importanti funzioni pubbliche nella nuova repubblica somala, sono stati — nei momenti difficili del trapasso del paese dalla condizione di tutela a quella di una piena indipendenza e sovranità — di esemplare dimostrazione degli alti risultati conseguiti dalla scuola, quando studenti e docenti, al di fuori di ogni spirito di fazione o di parte, siano uniti nell'onesto e sincero desiderio del pubblico bene », English translation is mine.

the colonial regime and the ensuing lack of memory of colonial intellectual life.

6. *Conclusive remarks.*

Religious pluralism occupies an increasing amount of space in the institutional and academic public debate, in Italy and also in Europe. Compared to this debate, the colonial experience is only rarely evoked. Yet the historical and normative legacies of colonialism contain deep experiences of the issue of regulation between different religious affiliations, generating specific areas of scientific analysis, such as — in Italy — colonial ecclesiastical law. From this perspective, the route taken by the colonial jurists does not represent a distant and definitively closed affair but rather resounds with doubts and questions that fatally anticipate the problems of today. Needless to say, Italian colonialism was decidedly secondary — especially when compared to the British and French — as a historical global phenomenon, but this is exactly relevant to my argument. It is likely that the lack of a strong political, ideological and normative framework allowed the professionals working in the colonies to develop original approaches to the problems of multiculturalism. If retrospectively observed, the liberal approaches imagined by certain legal scholars and politicians to face the difficulties emerging from coexistence with colonized populations seem to be oddly ahead of their time. Bertola's case is conspicuous among them, not the least for his unexpectedly sincere attempt to engage a scientific approach in facing the problems of different cultures and religions. For this reason, looking back at the interplay between legal ideas and religious habits in the colonies reveals the roots of an experience that, although largely neglected and often negative, continues to re-emerge in the articulated anthropological dialectic between religious identity and diversity, through the fundamental mediation of the right to freedom. Unraveling the thread of this dialectic is a task for further research within the new context of a multicultural, pluralistic, multi-religious society, oddly enough on a path paved by an almost forgotten curious Italian liberal colonial jurist.

ANTÓNIO MANUEL HESPANHA

O DIREITO NA ACADEMIA (COIMBRA, 1570-1640)
A IDENTIFICAÇÃO DO DIREITO
NUMA COMUNIDADE COMUNICATIVA

1. Introdução. — 2. Os « lentes ». — 3. O grupo catedrático. — 4. Caraterização interna. — 4.1. As « gerações ». — 5. Os textos. — 6. Conclusão. — 7. Bibliografia citada. — 8. Tabelas.

1. *Introdução.*

Este texto surgiu de um trabalho bastante banal: aprontar para disponibilização pública de um banco de dados constituído há uns anos sobre a produção doutrinal de juristas portugueses entre os séculos XVI e XVIII. Ao repassar milhares de registos, fui atraído pelas centenas de referência a apostilas universitárias das Faculdades jurídicas da Universidade de Coimbra. Depois de vários testes de fiabilidade das informações, pareceu-me que aí poderia estar bom material para um estudo que pouco tem sido feito — o do direito efetivamente ensinado nestas Faculdades de Cânones e de Leis da única universidade portuguesa, encarado, não de uma perspetiva da história do pensamento jurídico, nem de um focagem apenas nos grandes nomes que aí ensinaram nesta época, mas na de uma história de uma comunidade de *autores* que participavam numa específica esfera comunicativa e por ela eram modelados.

De certa maneira, trata-se de uma empresa prosopográfica, tirando partido dos milhares de informações que o banco de dados pode fornecer. Mas o projeto prosopográfico serve uma empresa que pertence mais a um certo tipo de sociologia da produção literária. Porque o último objetivo deste texto é procurar encontrar uma lógica da constituição do objeto de estudo dessas Faculdades, aquilo a que chamamos o « direito académico ». Com esta expressão estamos a referir-nos àquilo que, naquela comunidade de lentes e de ouvintes, era tido como sendo o direito. De alguma maneira, trans-

ferimos para este campo o conceito hartiano ⁽¹⁾ de direito, substituindo « juízes » por « lentes » — direito, nestas Faculdades, é aquilo que os juristas dizem ser direito e que, como tal, ensinam aos seus estudantes. Ou numa formulação equivalente, « direito é aquilo que os lentes explicam nas suas lições ».

Subjacente a este enfoque está uma atitude teórico-metodológica que exprimi na breve introdução à minha contribuição para o recente *The Oxford Handbook of European Legal History* ⁽²⁾. O direito é um sistema de comunicação em que conteúdos normativos são partilhados entre agentes. Daí que as esferas jurídicas correspondem às esferas no âmbito das quais a comunicação se processa. Destas esferas fazem parte interlocutores, suportes da comunicação e códigos discursivos regulando o fluxo comunicacional. No nosso caso, lentes, alunos, apostilas manuscritas, e universos textuais de referência, com os seus modelos de discurso, desde a língua especializada (o latim) aos repertórios e argumentos e figuras do discurso, até ao elenco dos temas. Tudo isto forma um sistema razoavelmente fechado que determina cada um dos elementos do conjunto: acredita os locutores e os ouvintes (interlocutores) e fixa o seu estatuto, seleciona os temas, define as regras do discurso e estabelece o regime de abertura/fechamento desta esfera comunicativa a outras. Como já se notará, há aqui uma forte influência luhmaniana, sensível ao modo como discípulos de Luhmann têm particularizado a aplicação da teoria sistémica à comunicação jurídica.

O « direito académico » é, a meu ver, particularmente adequado a servir de campo de aplicação destas ideias. Na verdade, decerto mais numas épocas do que noutras, esta esfera comunicativa é particularmente centrada sobre si mesma. Alheia ao mundo externo, mesmo a mundos próximos, como as esferas comunicativas do direito judicial erudito, para não falar já do mundo do direito popular, ou de esferas de comunicação não jurídicas, como a da vida quotidiana e dos seus interesses. Estes pontos de vista estiveram muito presentes quando elaborei a parte do texto relativa às apostilas e seus

⁽¹⁾ Herbert L. HART, *The concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1994.

⁽²⁾ Refiro-me, sobretudo, a Th. Vesting, na série de 4 livros *Die Medien des Rechts [Sprache, Schrift, Buchdruck, Computernetzwerke]*, respetivamente de 2011, 2011, 2013 e 2015.

temas, pois só eles podem explicar consistentemente a lógica da seleção dos temas. Ou, pondo as coisas de outro modo, a falta de lógica que essa seleção parece ter relativamente ao mundo exterior à academia ou mesmo em relação ao universo de assuntos tratados nos textos de referência, os *corpora iuris* canónico e civil. Na academia, não se trata senão de uma pequena parte deles e, dessa parte, os principais temas de « interesse social e político » estão ausentes.

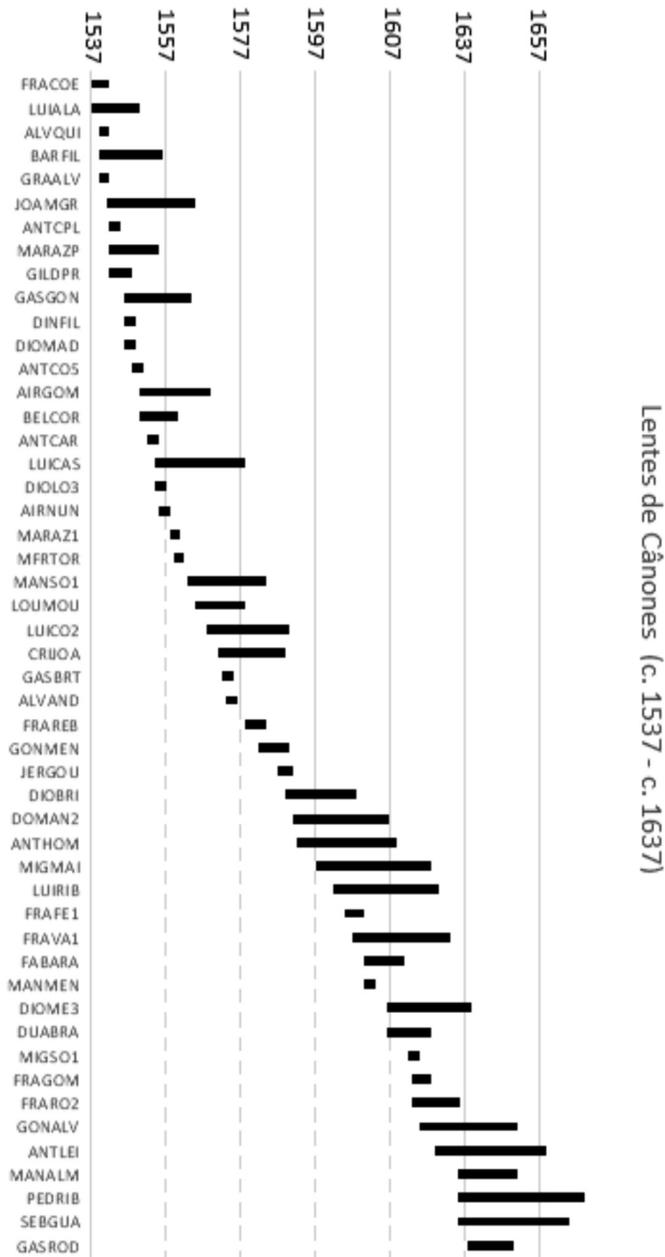
Por outro lado, o carácter massivo dos dados disponíveis no banco de dados permitia usar métodos seriais, tirando partido não apenas do impacto das apresentações infográficas mas também das virtualidades heurísticas do tratamento estatístico de dados e da superação do impressionismo das análises meramente qualitativas. Muitas vezes, o tratamento de dado apenas confirma o que já se suspeitava. Mas esta confirmação converte intuições em demonstrações, o que me parece não ser pouco.

2. Os « lentes ».

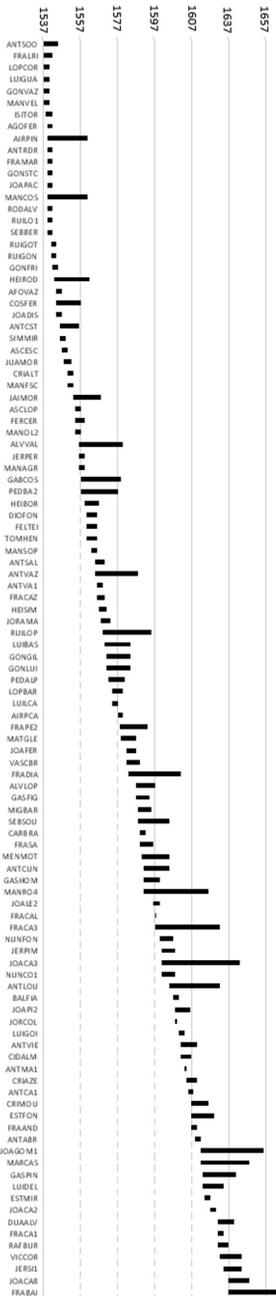
As duas Faculdades jurídicas tinham sido estabelecidas em Coimbra em 1537.

Até aos meados do séc. XVII, tinham passado por elas, como lentes, uns 50 canonistas e uns 100 legistas. Com os dados que temos sobre eles (algo trabalhados) ⁽³⁾, pudemos elaborar o gráfico seguinte, que nos dá conta dos períodos em que estiveram ativos em uma das duas Faculdades (já que a acumulação de funções nas duas não se verificava):

⁽³⁾ Os dados relativos aos provimentos dos lentes foram extraídos, basicamente, de *Alphabeto dos lentes da insigne Universidade de Coimbra desde 1537 em diante*, de Francisco Leitão Ferreira (ed. Coimbra, Universidade De Coimbra, 1937). Como o autor consultou a documentação oficial da Universidade, a fonte é bastante fiável, quanto a atos oficiais, como provimento nas cátedras, como verificámos pelo confronto com outras fontes (nomeadamente, cartas régias de provimento, nas Chancelarias régias do A.N.T.T. Já para outros acontecimentos de que não houvesse rasto nos arquivos da Universidade, há mias lacunas. Por exemplo, sobre o termo de funções docentes. Neste caso, na falta de dados, partimos do princípio de que o lente se manteve em funções até 3 anos depois do último provimento, o que, seguramente, nem sempre aconteceu. Também há provimentos em cátedras apenas honorários, sendo as funções desempenhadas por lentes substitutos (categoria de que não nos ocupámos). Em todo o caso, para o tipo de uso que lhes damos, os dados são suficientemente credíveis.



Para o desdobramento das abreviaturas dos nomes v. Tabela A, a final.



Lentes de Leis (c.1537 - c.1637)

Como se vê, uma boa parte dos professores tinha uma carreira curta, ou porque abandonavam depois de um único exercício das cadeiras temporárias, providas em geral por 3 anos (catedrilhas de Cânones, Instituta), ou porque, providos em cadeiras grandes, em princípio perpétuas, abandonavam a carreira académica, por uma dignidade eclesiástica, uma banca de advocacia num tribunal superior ou uma beca de desembargador na Casa do Cível ou na Casa da Suplicação. Mas outros prolongavam a sua vida universitária por um par de décadas, culminando na jubilação com 20 anos de cátedra, ou mesmo ultrapassando este limite, que era facultativo. Em média, as carreiras académicas dos lentes canonistas eram de quase 14 anos. As dos legistas, de quase 10 anos.

Neste primeiro século das faculdades jurídicas de Coimbra, destacaram-se alguns destes professores veteranos que, pela presença continuada e pela produção literária de cariz académico, marcaram a escola. Já o veremos mais em detalhe. São estes professores que dominam a produção de apostilas e que, portanto, criam ou recriam a tradição textual da escola, traçando as linhas temáticas que outros, por emulação ou também por quieta rotina, irão seguir.

Para focar a investigação num período mais homogéneo, liberto já das incertezas e perplexidades dos anos de fundação, fixámo-nos num lapso temporal mais curto — 1570 a 1630.

Em 1570, estavam ultrapassados os anos de instalação, com os seus provimentos improvisados, à espera de melhores mestres; com o recurso a lentes do antigo Estudo de Lisboa ou a oficiais da corte; com o recurso a estrangeiros — sobretudo salmanticenses —, que vinham e voltavam. Mas também já não estavam presentes os grandes fundadores da tradição da universidade conimbricense. Em cânones, já se tinham ido Bartolomeu Filipe, Juan de Mogrovejo, Martim de Azpilcueta, Gaspar Gonçalves e Luís de Castro Pacheco. Em Leis, o mesmo se passara com Aires Pinhel, Manuel da Costa, Heitor Rodrigues, Jaime Morais e Álvaro Vaz (ou Valasco), os verdadeiros iniciadores de uma tradição académica assente no direito praticado nos tribunais letrados de Portugal.

Quanto à baliza final do período. No decurso dos anos de 1630, há um corte geracional. Depois de 1630, os lentes que terão uma presença duradoura na escola tinham entrado há pouco ⁽⁴⁾, nos anos 20, e não tinham participado do convívio das figuras centrais das duas escolas na transição do século. Eles virão a ser, eventualmente, os autores de uma recriação da tradição. Mas os que tinham formado ou confirmado o estilo das escolas no dobrar do século já tinham desaparecido.

De antes deste período e para depois dele, há, decerto, coisas que ficaram e coisas que continuarão. Mesmo quando os autores desaparecem, os seus textos continuam. E, apesar das lições manuscritas autoradas e datadas que restam não tenham datas muito para além do período de atividade do seu autor, decerto que elas continuavam na biblioteca das escolas ou nas mãos de professores e docentes, constituindo, assim, um capital fixo de produção dogmática e académica que continua a poder funcionar, se se gerarem condições para a sua reativação. Por exemplo. O cod. 2096 da B.U.C. é o 25º de uma coleção de apostilhas de direito canónico, uma dentre as várias que se podem identificar no espólio restante desta biblioteca. Na capa, lê-se « D.or Nobre », provavelmente o organizador de uma parte da coleção. Na folha de guarda, está o nome de Diogo Ferreira Rebello, acompanhado da nota « Neste cartapacio se contem hu tt.º de privilegiis de fol. 139 ate o fim. Em principio tratado por Antº Homem e no principio he hi tt.º de fideiussoribus que he de outro lente. Entregou-se ao D. P.e Jorge Cabral da Companhia de Jesus na caza de S. Roque para o rever por ordem dos senhores inquisidores »; « Podemse ter, ler, e comunicar estas postillas não obstante ser o autor herege. Lx.a, nesta casa de S. Roque da Cp.^a de Jesu. 4 d'outubro de 621. D.or Jorge Cabral ». Aqui temos, além de dois pertences de organizadores ou proprietários sucessivos, a história da censura de uma das apostilhas do

(4) Em Cânones, Gonçalo Alves (ou Alvo) Godinho, António Leitão Homem, Manuel de Almeida Castelo Branco, Pedro Ribeiro do Lago e Sebastião da Guarda Fragoso, quase todos entrados apenas no decurso da década de trinta. Em Leis, João Gomes, Marçal Casado Jácome, Gaspar Pinto da Fonseca. Todos entrados no início da década de 20.

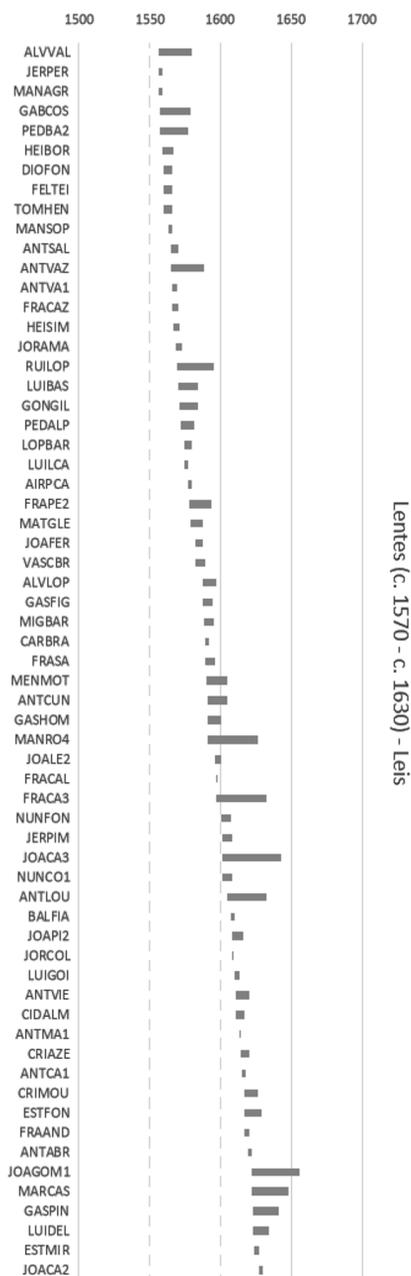
volume, da autoria de António Homem, a fim de que, não obstante a sua condenação como judaizante, a sua lição pudesse continuar a ser lida. Noutra apostilha, pode ler-se « Esta apostilha foi de José Inácio de Passos. He de Caetano Correia Seixas » ⁽⁵⁾. Noutra, indica-se o preço de compra: « Comprado por 2020 rs » ⁽⁶⁾.

Circunscrito a estas datas — 1570 a 1630 —, o mundo humano de que nos ocuparemos agora é bastante menor do que o do século a que nos referimos antes. Cerca de metade: c. de 25 canonistas e c. de 52 legistas.

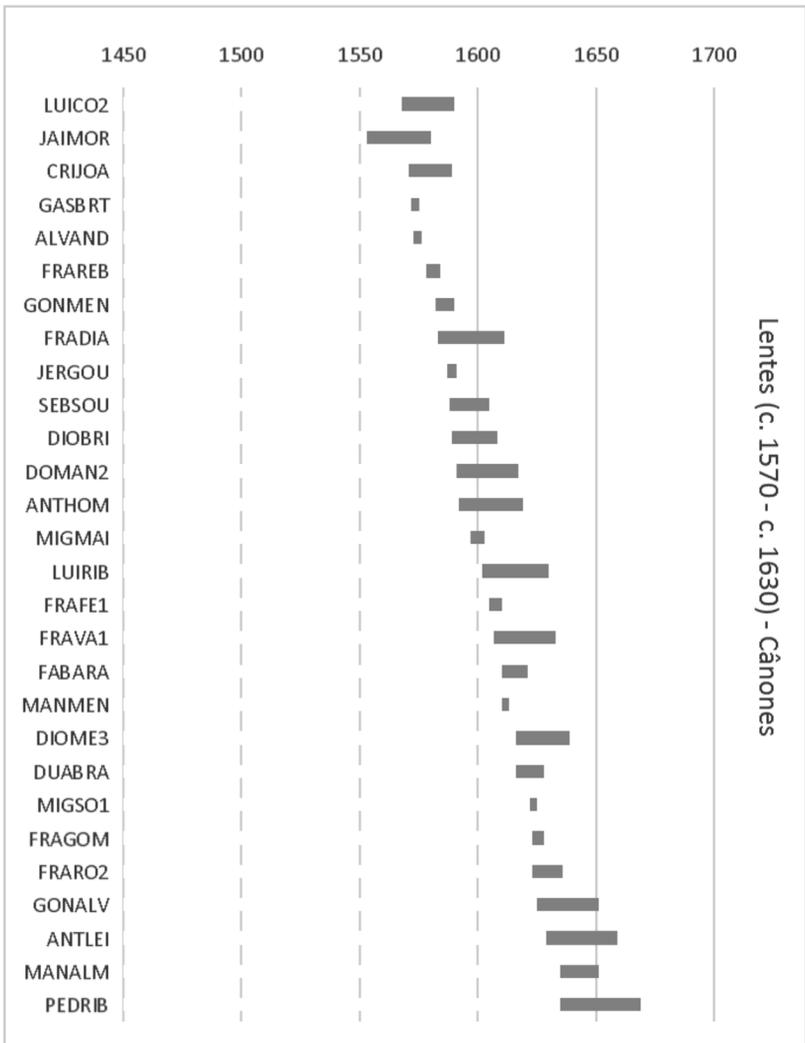
Os seus períodos de atividade como lentes são os dos gráficos seguintes.

⁽⁵⁾ Ms. B.U.C., Cod. 783, p. 180.

⁽⁶⁾ Ms. B.U.C., Cod. 1098.

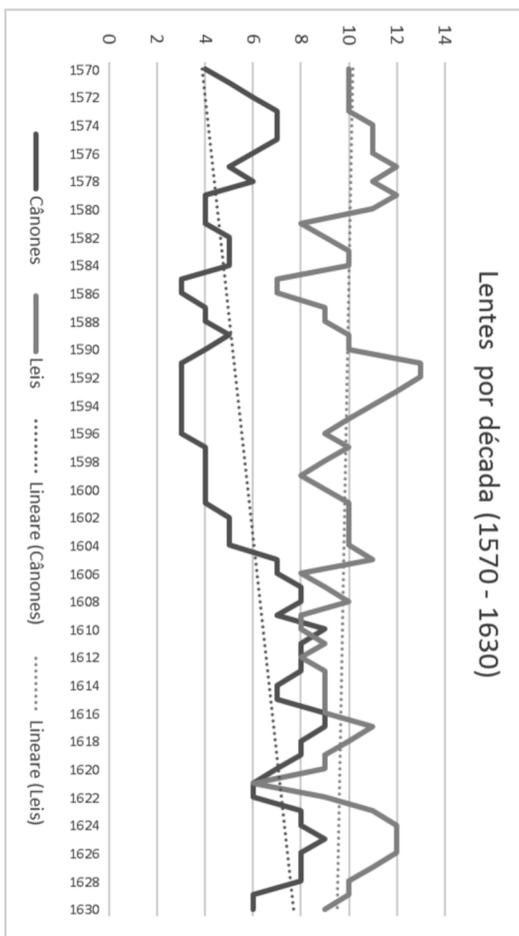


Para o desdobramento das abreviaturas, v. Tabela A, a final.



Se considerarmos os que trabalhavam ao mesmo tempo em cada Faculdade, tratava-se de pequenos grupos, mais em cânones do que em Leis. Em Cânones, a dimensão do corpo docente oscilava — com uma tendência forte para aumentar (no fim dos 60 anos, quase para o dobro do número inicial) — em torno dos 6 elementos, para dar as 7 cadeiras grandes e pequenas. Em Leis, o número de docentes andou

constantemente à volta dos 10, para dar as 5 cadeiras mais as 4 cadeiras iniciais de Instituta. Sendo de notar que o número dos estudantes canonistas era muito superior ao dos legistas (7). Embora isto não fosse muito relevante do ponto de vista das necessidades de docentes, dado que o método de ensino consistia na leitura *ex cathedra* dos textos.



(7) Em média os estudantes canonistas representavam 80% dos estudantes das duas Faculdade jurídicas. See Joana ESTORNINHO DE ALMEIDA, *A Forja dos Homens. Estudos Jurídicos e Lugares de Poder no Séc. XVII*, Lisboa, Imprensa de Ciências Sociais, 2004.

3. *O grupo catedrático.*

Como este estudo não é, predominantemente um ensaio propográfico, mas antes se centra nos textos, os autores não aparecem como um elemento central da narrativa, mas antes quase apenas como ... «autores», e enquanto tal. Apesar disso, registam-se algumas notas de natureza biográfica, que ajudem à caracterização destes autores, enquanto grupo social.

Este grupo de lentes recrutava-se numa elite, dentro de outra elite, a dos juristas letrados, cujo lugar social tem sido caracterizado pelos trabalhos de Nuno Camarinhas⁽⁸⁾. Os traços elitistas ainda são mais marcados nesta elite dos juristas académicos, de resto muito ligada familiarmente a letrados e, sobretudo, aos que tinham postos nos tribunais superiores.

De resto, os dois grupos acabavam por quase se unirem, pois muito frequentemente os lentes dos níveis superiores — Véspera e Prima — eram nomeados desembargadores extravagantes ou do número da Casa do Cível, primeiro, ou da Casa da Suplicação, depois. Alguns, trocavam a universidade pelo tribunal. Isto acontece, no período aqui estudado. Assim. Mendo da Mota Valadares foi lente de a c. de 1605, ano em que é provido como desembargador dos agravos da Casa da Suplicação. Francisco Rodrigues Valadares, lente de catedrilha em Cânones em 1625, é nomeado desembargador da Casa da Suplicação em 1635, data a partir da qual deixam de aparecer apostilhas suas. Francisco Andrade Leitão, filho de um desembargador (Pedro Rodrigues de Almeida), lente de Instituta em 1619, é nomeado desembargador do Porto em 1622 e, depois, de Lisboa em 1626 e do Paço em 1641, deixando aparentemente o ensino quando entrou na carreira judicial. Rui Lopes da Veiga foi lente de Leis de 1569 até à jubilação em 1595. Só depois (1598) passou à Casa da Suplicação, como desembargador dos agravos. Luís Ribeiro de Leiva foi lente de Leis desde 1610. Em 1617 recebeu uma beca da Casa da Suplicação, mas seguiu provido em lugares de lente até, pelo menos, 1627.

Mas outros eram nomeados, ou com dispensa temporária de

(8) Nuno CAMARINHAS, *Juízes e administração da justiça no Antigo Regime. Portugal e o império colonial, séculos XVII e XVIII*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.

reger, ou com a condição de apenas servirem nos tribunais nas férias escolares, cláusula que ocorre expressamente sobretudo nas cartas posteriores aos meados do séc. XVII. Alguns exemplos. Pedro Barbosa foi lente de Leis de 1557 até 1577, ano em que se jubilou na cadeira de Prima. Mas já tinha entrado na Casa da Suplicação, como desembargador dos agravos, em 1571. Cristóvão João, um grande produtor de apostilhas, foi lente de Cânones desde c. 1571 a c. 1599. Em 1586, foi nomeado desembargador da Suplicação, mas continuou a ditar lições até 1599 ⁽⁹⁾. Luís Correia, lente prolífico entre 1568 e 1591, ingressou depois (1592) na Casa da Suplicação, sem deixar de ditar lições (até 1597). Diogo de Brito foi um diligente professor de Cânones (de c. 1593 a c. 1607). Em 1609 obtém uma conezia com residência em Lisboa e, de seguida (1613), a beca de desembargador da Suplicação. Diogo Mendes Godinho, ativo como lente entre 1616 e 1639, aparece designado, numa apostilha de 1631, como lente de Prima e desembargador da Casa da Suplicação (« [...] a sapientissimo D. D. Didaco Mendes Godinho Primario meritisimo senatore Regii Suplicationis amplissimo. Anno Dni 1631) ⁽¹⁰⁾. Francisco Caldeira, lente de Instituta em 1597 e provido, em 1605, como lente de Véspera, igualado a Prima, por 10 anos, aparece, numa apostilha de 1609, como « Dr D. D. Francisci Caldeira Regij Senatoris Amplissimi, olim Salmanticae nunc Conimbricae ». Fora nomeado desembargador por Filipe III.

Acumulando ou não, as duas carreiras — a académica e a da alta magistratura eram contíguas, pelo que os hábitos da escrita, suas temáticas, suas referências e seus estilos, eram partilhados.

A pertença a famílias de juristas ocorria com alguma frequência. Embora desvalorizando a ideia corrente da endogamia dos juristas, Nuno Camarinhas confirma que, nos grupos de elite, como a universidade e os grandes tribunais, isto ocorria com mais frequência. No nosso grupo de lentes, encontramos vários casos destes. António da Gama era filho do Doutor Lourenço Vaz da Gama, provedor de defuntos e ausentes da Madeira. Diogo Lopes do Amaral era filho do desembargador do Paço, Dr. Francisco Lopes do Amaral. Jaime Mo-

⁽⁹⁾ « Sequitur titulus de confessis explicandus doctore Christopharo Joanne, 1599 », Ms.B.U.C., Cod. 2057, fl. 114.

⁽¹⁰⁾ Ms. B.U.C., Cod. 2095, fl. 1.

rais era filho do Doutor Fernando Morais. Gonçalo Mendes de Vasconcelos de Cabedo, filho de um moço fidalgo da Casa Real, Miguel de Cabedo, era irmão de Jorge de Cabedo. Francisco Valasco de Gouveia era filho de Álvaro Vaz (ou Valasco) de Gouveia, desembargador dos agravos da Casa da Suplicação. Luís Lopes de Carvalho era filho de Gaspar de Carvalho, Chanceler-Mor do Reino. Manuel da Fonseca era filho do desembargador Afonso Fernandes. Mateus Gomes de Lemos era filho do Doutor Gaspar Gomes de Lemos, desembargador da Casa da Suplicação. António Cabral de Castelo Branco era filho do Desembargador João Gil de Abreu. Francisco Andrade Leitão era filho do desembargador Pedro Rodrigues de Almeida. Francisco de Sá Sottomayor era filho do lente de Cânones António Correia de Sá. Francisco Caldeira (o Caldeirão) era filho do doutor Manuel Caldeira (que já tinha o mesmo *grand nom*). Outros eram filhos de universitários, embora não de direito. Era o caso de Francisco Casado de Carvalho, filho do Doutor Manuel Álvares, lente de Artes, de Tomás Henriques, filho do lente de Gramática Manuel Tomás, ou de Diogo da Fonseca, filho do Doutor Francisco Martins da Costa. Embora não seja exatamente o mesmo, destes podemos aproximar o caso de Luís de Castro Pacheco, filho do cônego da Sé de Coimbra, Gomes Pacheco.

4. *Caraterização interna.*

Mais do que esta caraterização « social » interessa um esboço do grupo universitário de Coimbra, com a suas tensões internas, provindas de fatores académicos, — como os concursos para cátedras ou outros cargos —, clientelares, religioso-ideológicos, ou de querenças ou antipatias pessoais.

O ambiente académico estava longe se ser exemplar quanto a rigor e justiça na atribuição de cargos. Os autos da devassa à Universidade de 1619, conduzida pelo Reitor Reformador D. Francisco de Menezes⁽¹¹⁾, estão cheios de referências à manipulação das eleições para cátedras e funções académicas. Estudantes e docentes compravam a prova de cursos, o sorteio dos pontos ou a fixação de prazos,

(11) *Autos e diligências de inquirição. Contribuição para a história da Universidade de Coimbra no séc. XVII*, Joaquim Ferreira Gomes (org.), Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

com dinheiros, guloseimas, cavalos e mulas. Nas Faculdades jurídicas, um dos principais acusados destas traficâncias era o lente canonista António Homem, que geria um bando de colegas e funcionários a favor dos membros da sua parcialidade — ou « surra », como então se dizia —, entre os quais aparecem nomes como os de António Lourenço, Francisco Vaz (ou Valasco) de Gouveia, Francisco Dias ⁽¹²⁾, António da Cunha ⁽¹³⁾, António Lourenço ⁽¹⁴⁾ e Cid de Almeida ⁽¹⁵⁾, o secretário da Universidade Rui de Albuquerque, bem como de outros seus « apaixonados », pois estas denúncias aparecem frequentemente ligadas às de homossexualidade. No seu processo inquisitorial, também são estabelecidas relações entre esta « surra » académica e o conventículo cristão-novo em que o lente pontificava. Embora se possa admitir que algumas das acusações se devam ao espírito de perseguição dos « judeus », uma marca identitária vivida na comunidade coimbrã, as referências são tantas e vêm de tantos testemunhos que dificilmente podem ter sido inventadas de raiz.

O estilo de gestão académica — por votações em conselhos largamente endogâmicos — explica a agudização das tensões entre grupos e parcialidades que o sistema de promoção por oposições também fomentava. Os candidatos rivais à oposição a uma cátedra ou a uma eleição para deputados das Faculdades no Conselho Geral ou na Mesa da Fazenda marcavam fissuras, que a emulação académica aprofundava e o sistema de clientelas cristalizava. O jogo das cátedras e até a partilha dos temas das lições pode ter passado por esta geometria das relações interpessoais. A promoção às conezias doutorais da Sé de Coimbra era ainda um elemento de disputa e de fratura do grupo ⁽¹⁶⁾.

⁽¹²⁾ See António V.S. SALDANHA, *O Doutor Manuel Rodrigues Navarro, jurista e cristão-novo*, em *Miscelânea histórica de Portugal*, Lisboa, ed. autores, 1983, p. 87.

⁽¹³⁾ *Autos e diligências ...*, cit., p. 59.

⁽¹⁴⁾ *Ibid.*, pp. 65, 283.

⁽¹⁵⁾ *Ibid.*, p. 174.

⁽¹⁶⁾ Na origem da inimizade entre Francisco de Menezes, o responsável da devassa de 1619, e António Homem, a sua principal vítima, teria estado o facto de ambos terem concorrido, em 1610, a uma conezia da Sé de Coimbra. O facto de António Homem ter ganho o concurso pô-lo na mira do seu colega, que era inquisidor ordinário da Inquisição de Lisboa. Em 1619, foi preso e, em 1624, queimado em auto de fé. Sobre o provimento destas conezias e os conflitos que originou nesta época, v. Manuel Augusto

A « grande política » talvez só viesse depois disto. Mas também havia fraturas desse género no grupo.

Na disputa acerca da sucessão no trono, muitos são os lentes de direito que tomam partido. Em Cânones, os 4 lentes em funções (Jaime Morais, Cristóvão João, Luís Correia, Francisco Rebelo de Azevedo) dão pareceres a favor de D. Catarina. Em Leis, o ambiente estava mais partido: apenas 6 (Francisco Caldeira, Félix Teixeira, António Vaz Cabaço, Rui Lopes da Veiga, Luís Basto de Brito, Pedro Alpoim) dos 10 professores se pronunciam a favor da Duquesa de Bragança. Os quatro que ficaram de fora — Gonçalo Gil Coelho, Lopo de Barros, Aires Pinhel Cabral, Francisco Pereira — eram pessoas novas e de menos entidade. Mas decerto que haveria filipistas. Lembramo-nos logo da família Cabedo. O seu membro mais conhecido, Jorge de Cabedo, doutorara-se e fora admitido como colegial de S. Paulo em 1575, mas já não devia estar em Coimbra. Mas já aí estaria, opositando a catedrilhas de Cânones⁽¹⁷⁾, o seu irmão Gonçalo Mendes de Vasconcelos de Cabedo, doutorado em 1579 e objeto de frequentes favores régios, como os de deputado da Inquisição de Coimbra e Évora, ou uma missão em Roma (de 1596 a 1600), regamente recompensada com um pagamento de mais de 3 contos de reis⁽¹⁸⁾. Também haveria algum antoniano⁽¹⁹⁾.

Depois, devia haver a oposição entre um partido mais heterodoxo em matéria religiosa, suspeito de judaizar, e um outro mais ortodoxo, ligado ao aparelho da Inquisição. Do primeiro — que, por essa altura, concitava a animosidade dos cristãos-velhos casticistas⁽²⁰⁾ — faziam parte os « judeus », nomeadamente os que saíram sentenciados: António Homem, Francisco Caldeira, Manuel Rodri-

RODRIGUES, *A Inquisição e o cabido da Sé de Coimbra (1580-1640)*, 1979, <https://core.ac.uk/download/pdf/144020473.pdf>.

⁽¹⁷⁾ É provido na de Sexto em 1582.

⁽¹⁸⁾ A.N.T.T., Chanc. Filipe II, Liv. 2, fl. 355.

⁽¹⁹⁾ Como Gregório Nunes, que se refugia na Sabóia, com receio de ser perseguido por ter tomado o partido do Prior do Crato; autor de *De Optimo Reipublicae Statu*, Roma, apud Jacobum Lunam in Typographia externarum linguarum, 1597.

⁽²⁰⁾ « ... huma caterva de patefinhos, tendeiros, caminheiros, azeiteiros, com casa de cem mil cruzados, que estariam triunfando dos que ganharam o reino aos infieis », memorial datável da transição do século, citado por SALDANHA, *O Doutor Manuel Rodrigues Navarro*, cit., p. 84.

gues Navarro, Francisco Velasco de Gouveia, Rui Lopes da Veiga ⁽²¹⁾ e talvez Francisco Dias.

Oposto a este estaria o partido castiço ou « purista », na política inclinado para a causa filipista. Dos lentes do nosso universo, alguns desempenharam cargos na Inquisição, sendo membros prováveis desta parcialidade: c. 1570, o lente de Leis António Vaz Cabaço, foi deputado da Inquisição em Coimbra; o lente de Cânones Gonçalo Mendes Vasconcelos de Cabedo, tivera o mesmo cargo em Coimbra e em Évora (c. 1595); o seu colega Diogo Brito de Carvalho, em Évora (1596); Lourenço Mourão, também de Cânones, fora deputado da Inquisição em Coimbra (c. 1600); outro lente canonista, Luís Ribeiro de Leiva, desempenhara o mesmo ofício em Coimbra e em Évora (1611); o mesmo acontecera com Miguel Soares Pereira, lente canonista (1614), e com o lente legista João de Carvalho (c. 1640). É por pressão deste grupo — e, nomeadamente, do inquisidor D. Francisco de Menezes, que, em carta régia de 1621, se proíbe a admissão de cristãos novos a oposições a cátedras. Por sua vez, o acesso às conezias da Sé também estava a ser progressivamente fechado ao grupo « judeu » ⁽²²⁾.

Como se disse, parece haver uma certa coincidência entre o partido « judaico » (maioritário entre os lentes de Direito) e a causa bragancista, enquanto que os castiços se inclinavam para o partido filipista. E isto refletir-se-ia no plano das relações pessoais e académicas. Por exemplo, o bragancista Cristóvão João é dado como inimigo do filipista Gonçalo Mendes de Vasconcelos de Cabedo ⁽²³⁾.

Em suma, os dados aqui usados apontam consistentemente para uma diferença de atitude entre os dois grupos de natureza estrutural e transversal a vários níveis de comportamento. Opondo a ortodoxia religiosa, o conformismo nos usos do sexo e o respeito pelas normas institucionais, o filipismo político — no grupo castiço —, à heterodoxia das crenças, ao liberalismo dos comportamentos sexuais, ao oportunismo institucional e ao bragancismo político —

⁽²¹⁾ Pai de Tomé Pinheiro da Veiga, ambos cristãos novos e bragancistas, cit. *Ibid.*, p. 82.

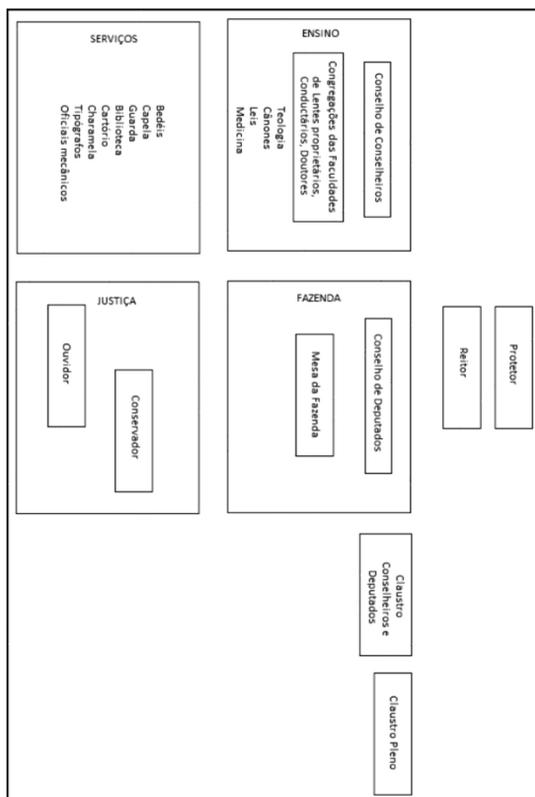
⁽²²⁾ RODRIGUES, *A Inquisição ...*, cit.

⁽²³⁾ António BAIÃO, *Episódios dramáticos da Inquisição*, <https://archive.org/details/episodiosdram02baiuoft/page/n9>, p. 183.

no grupo « alternativo ». Sendo de notar que os lentes mais produtivos e inovadores pertenciam, por regra, a este último.

Esta comunidade académica era largamente autogerida, de acordo com um modelo corporativo da Universidade. No entanto, este modelo vai-se aristocratizando internamente, ao passo que, externamente, o peso da decisão régia dos assuntos mais importantes, nomeadamente, do provimento das cátedras, vai-se acentuando.

Fernando Taveira da Fonseca sintetiza o governo universitário (24) num gráfico que aqui reproduzimos, simplificado:



(24) Fernando TAVEIRA DA FONSECA, *Fontes históricas da Universidade Portuguesa*, <https://books.google.pt/books?id=jIghDAAAQBAJ>, p. 233. Segundo os Estatutos de 1654, os quais seguem os que já vigoravam desde 1597, com algumas modificações (162 artigos) da Reformação de 1612.

Os órgãos de governo das Faculdades — as congregações — eram constituídos pelos catedráticos, condutários e ouvintes (estudantes). Mas os seus poderes eram restritos — apenas marcar as datas dos diversos atos académicos e superintender ao sorteio da ordem de exame dos que concursavam. Ainda assim, o voto era feito por antiguidade, o que permitia aos mais velhos influenciar o voto dos mais novos. E os órgãos acima — Conselho de Conselheiros, Mesa da Fazenda — eram cooptados pelos seus membros, que escolhiam os do turno seguinte, entre os já membros ou lentes de fora. A participação estudantil declinava. Nos meados do séc. XVII, os estudantes, embora tivessem aparentemente uma palavra a dizer na fixação das matérias dos cursos, já não votavam o provimento das cátedras, muitas das quais, sobretudo as maiores, eram providas por despacho régio ⁽²⁵⁾. Tudo isto promovia uma concentração do poder nos lentes titulares, sobretudo nos mais antigos, proprietários das cátedras de Prima e de Véspera, com mais prestígio e mais anos de escola. A jactância destes era grande. Tratados com grande deferência — « Senhor Doutor », « Dominus Doctor » (ou D. D., como ocorre nos títulos das apostilas) — julgavam-se dignos de um ilimitado respeito e reagiam violentamente a tudo o que lhes parecesse falta de respeito. Perante estudantes que o pateavam por não conceder dispensa de ponto no dia de S. Marçal, o Dr. António de Abreu, após uma troca azeda de palavras, atirou com a Instituta que lia à cabeça de um estudante ⁽²⁶⁾.

⁽²⁵⁾ Fernando TAVEIRA DA FONSECA, *Uma relação do estado da Universidade de Coimbra em 1691*, em « Revista Portuguesa de História », 24 (1990), pp. 158, 239.

⁽²⁶⁾ « O Dr. António de Abreu disse a um estudante que, se o quisesse patear, o fosse fazer a sua casa, que por ser seu mestre e lente lhe não havia de perder o respeito, que lhe devia, por ser quem era. [...] o dito lente lhe disse ([a um estudante] que era desavergonhado, e o dito estudante lhe respondeu que mais desavergonhado era ele; após o que o dito Dr. lhe atirou com [o livro da] Instituta que tinha nas mãos e lhe deu com ela na cabeça, junto da orelha, tão grande pancada que saltou a Instituta mui longe. E, logo *in continenti*, o dito estudante [a que chamam fulano Machado, não sabe de onde é, que tem barbas e bigodes pretos, que será de idade de vinte e três anos, pouco mais ou menos, alto do corpo arremeteu ao dito Doutor com o punho seco, e lhe foi com ele por cima do braço, com que se reparou dar uma punhada abaixo da orelha, no queixo e queixada. E indo para dar outra, e em seu favor, outro estudante, ruivo, que dizem ser de Barcelos [...], também institutário, se meteram muitos estudantes de permeio, até que os apartaram », *Autos e diligências...*, cit., p. 340.

4.1. *As « gerações ».*

Se observarmos um gráfico dos períodos de atividade dos juristas do período que estudamos (1570-1630), notamos que eles se distribuem por « gerações », mais ou menos coincidentes nas duas Faculdades cada qual marcada por juristas influentes e de carreiras longas e que se sucedem, iniciando-se cada uma quando desaparecem os « mestres » da anterior.

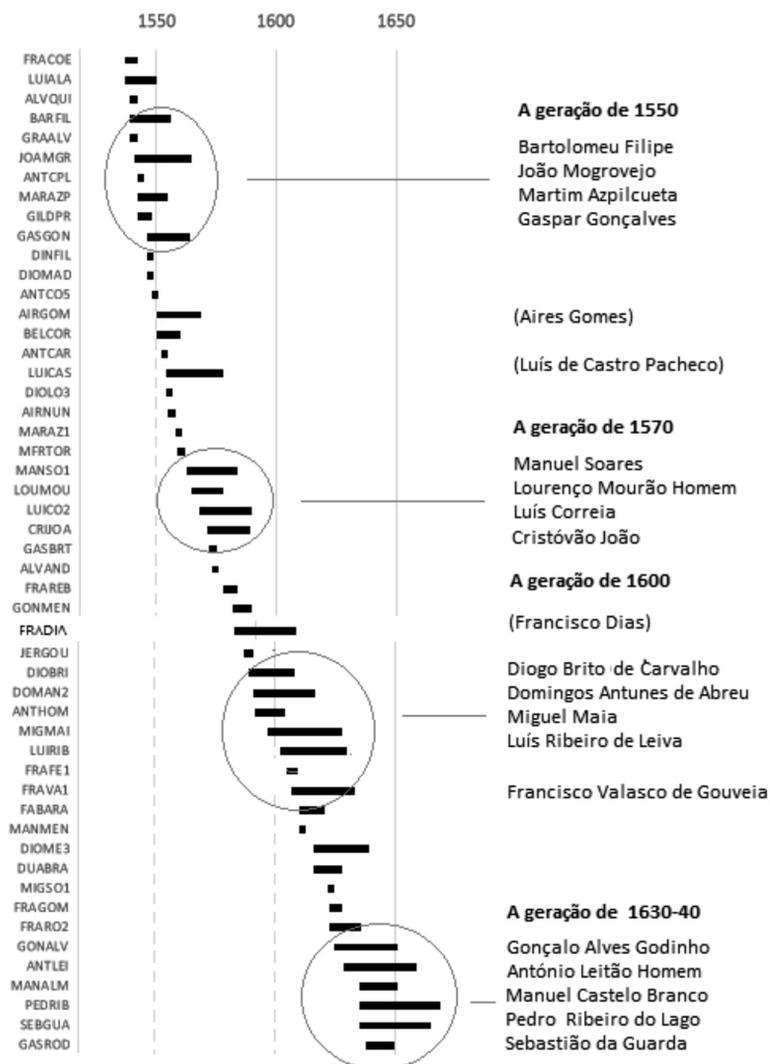
Em Cânones, os do grupo dos mais antigos, cuja atividade académica está a cessar por volta de 1580, tinham sido ainda alunos, mais ou menos próximos dos grandes mestres fundadores — em Cânones, Martim Azpilcueta, João Mogrovejo e Bartolomeu Filipe; em Leis, Aires Pinhel e Heitor Rodrigues. Alguns mantiveram-se ativos mais anos e marcaram a produção académica com grande número de apostilas e com a exploração de temas novos na Faculdade. É o caso de Luís Castro Pacheco, que se jubila em 1576 como lente de Véspera, com uma carreira longa de mais de 25 anos. Mas também o de Manuel Soares, que opositou à cátedra de Sexto em 1565 e ganha a de Prima em 1581. E, sobretudo, o caso de Luís Correia, que ainda tem uma vida académica ativa bem dentro do nosso período, pois só se jubila, na cátedra de Prima, em 1590, 22 anos depois de ter ganho uma catedrilha de Decretais. Correu praticamente todos os cursos, pois foi lente de Sexto, de Decreto, de Vésperas (Decretais) e de Prima (também Decretais). As apostilas que dele ficaram cobrem muitas matérias, não sendo raro que inaugurem os temas que outros, mais novos, virão a tratar. Ou de Cristóvão João, também um grande produtor de textos, inspirador de mais novos. Desaparecem do cenário por volta de 1580.

Por essa altura, surge uma nova geração de lentes com longas carreiras e produção académica abundante (com realce para Francisco Dias, Domingos Antunes de Abreu, Luís Ribeiro de Leiva e Francisco Vaz (ou Valasco) de Gouveia. Estes saem de cena por volta de 1620. Francisco Vaz (ou Valasco) de Gouveia, talvez o mais famoso do grupo, um pouco depois, fazendo — com Diogo Mendes Godinho, a transição para um grupo mais moderno, que, entrando em atividade pelos anos de 1630, marca a vida académica até aos meados do séc. XVII.

Na última geração estão juristas que irão marcar os meados do

século, alguns dos quais com longas carreiras e produção académica importante: Gonçalo Alvo (ou Alves) Godinho, António Leitão Homem e Pedro Ribeiro do Lago.

As « gerações » académicas na Faculdade de Cânones.



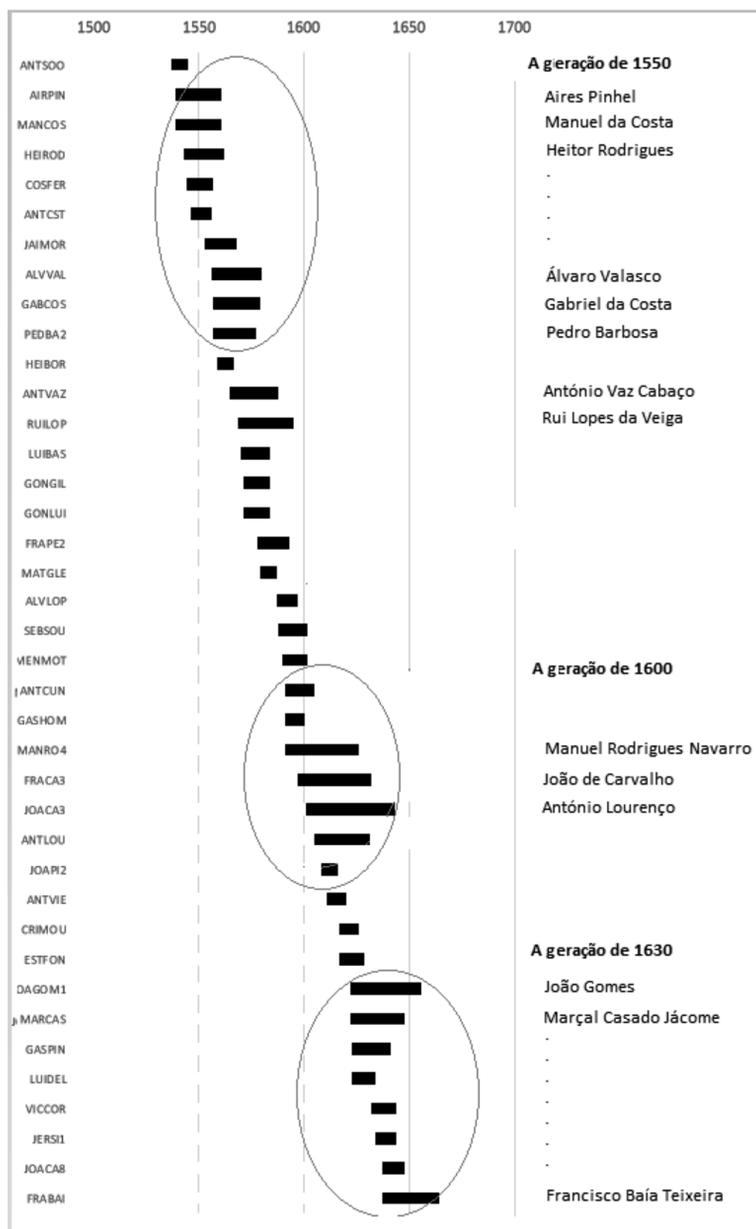
\

Em Leis, o padrão que se deteta no gráfico é semelhante. Aqui, as carreiras são, em geral, mais curtas, pelo que compactámos o gráfico, não representando as carreiras menos significativas. Um grupo de « fundadores » — de que destacam Aires Pinhel, Manuel da Costa e Heitor Rodrigues, logo seguidos pelos seus quase contemporâneos discípulos Álvaro Vaz (ou Valasco) e Pedro Barbosa, que sucede na cátedra de Prima a Manuel da Costa, sendo ambos creditados então como seus brilhantes continuadores. Na transição para o grupo seguinte, António Vaz Cabaço e Rui Lopes da Veiga.

Na geração que domina a transição do século, destacam-se, primeiro, Francisco Dias, um lente prolífico, e depois, Manuel Rodrigues Navarro, João de Carvalho e António Lourenço, cujo magistério se prolonga ainda pela década de 1620.

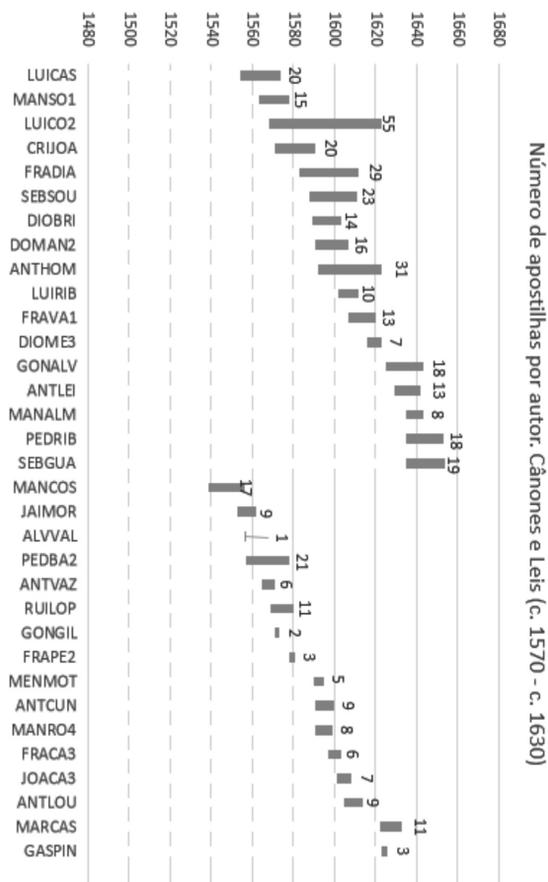
A partir do fim dos anos '20, surge um novo grupo de juristas com menos nome, mas com carreiras longas que chegam ou mesmo ultrapassam os meados do séc. XVII.

As « gerações » académicas na Faculdade de Leis.



Carreiras extensas significam, também, uma maior produção académica e, também, um maior impacto na formação da tradição textual das escolas. Para dar contas do impacto dos lentes como « autores » de apostilhas, voltamos a considerá-los, mas agora em função do seu trabalho académico. Tomámos como base de trabalho as quase 500 apostilas dos lentes com carreiras mais longas e maior produção académica, existentes nos arquivos trabalhados (nomeadamente na Biblioteca da Universidade de Coimbra).

Foi com base nestes textos que elaborámos o seguinte gráfico, com a sua distribuição por autor, estes organizados por Faculdades e por data do primeiro provimento em cátedra.



Desdobramento das abreviaturas dos nomes na Tabela A, no fim.

Complementando o gráfico, diremos — com base na mesma lista de apostilhas — que, em média, cada lente produziu c. de 14 apostilas. Ou seja, também em média, uma apostilha de três em três anos, embora haja lentes que publicavam quase todos anos, ao longo da carreira. Em Cânones, Luís Correia publicou, em média, quase 3 apostilas anualmente durante 20 anos. Sebastião de Sousa, António Homem, Francisco Dias, Cristóvão João e Francisco Vaz (ou Valasco) de Gouveia publicaram, em média, mais de uma anualmente, durante as suas longas carreiras. Em Leis, publicava-se muito menos. Apenas uns poucos (Manuel da Costa, Pedro Barbosa e, mais tarde, António da Cunha) se aproximavam da produtividade da média de uma apostilha por ano, uma produtividade comum nos lentes de Cânones.

Tomamos alguns casos, para dar uma ideia do perfil dos vários lentes como autores académicos.

Luís Correia mais prolífico lente do período (média: 1 apostilha cada 0,4 anos). Ao todo, há dele 55 apostilas. É provido numa catedrilha em 1568. Nos 3 anos seguintes, dita 10 apostilas sobre temas diferentes, sobretudo das decretais, matéria que se ensinava nas catedrilhas. Nos 7 anos do provimento na cadeira de Sexto, em 1572, dita 9 lições, todas sobre temas novos. Em 1579 — o ano em que faz uma alegação de direito defendendo a pretensão ao trono de D. Catarina de Bragança —, ganha a cátedra de Decreto. Até 1582, há 6 apostilas suas, 4 das quais sobre o tema da usura, que já tratara em 1578. Como lente de Vésperas, volta às Decretais, sobre que dita 7 lições, tratando em 3 delas o tema do estatuto dos juizes delegados, que aliás já tratara anos atrás. Jubila-se em Prima, em 1590. Mas, até 1610, ainda dita 13 apostilas, embora repetindo temas.

António Homem — que, por causa da sua morte na fogueira ficará conhecido pelo *Praeceptor infelix* — era um lente operoso (média: 1 apostilha cada 0,9 anos). Provido numa catedrilha em 1594, publica nos 3 anos seguintes 9 apostilas sobre temas diferentes das Decretais, que era o livro que lhe cabia ensinar, e — num só caso — das Clementinas. Em 1597 ganha a cátedra deste livro e, nos 6 anos seguintes, publica 9 apostilas sobre temas do Sexto e das Clementinas, só em 2 delas voltando a temas já tratados. Em 1603,

é provido na cátedra de Decreto. Até 1608, publica mais 7 lições, todas sobre temas novos. O brilho da sua carreira académica começa a produzir efeitos. Em 1610, ganha uma conezia na Sé de Coimbra e, em 1610 e 1614, respetivamente, atinge as últimas cátedras da carreira, a de Vésperas e a de Prima. A sua produtividade baixa. De 1609 e 1610 não restam lições suas. Em 1612, duas apenas e uma sobre um tema que já tratara há 4 anos. De 1615 a 1619, dita 4 lições, mas repete um dos temas e vai buscar outro que já tinha lecionado em 1612. Em 1616, a sua vida começara a derrapar. Em 1616 é apanhado numa devassa aos « pecados públicos » da academia e punido, ainda que mais levemente, por homossexualidade. E, em 1619, é preso pela Inquisição, desta vez por judaizar. Morre a fogueira em 1624 ⁽²⁷⁾.

Francisco Dias é um outro caso de dedicação académica (média: 1 lição por ano). Ganha uma catedrilha em 1583. Nos 2 anos seguintes, publica 2 lições. Provido em Clementina, em 1587, e em Sexto, em 1588, dita 10 lições nos 9 anos seguintes, repetindo apenas 3 temas. Ganha a cadeira de Decreto, em 1593, lendo cada ano uma lição diferente. Ganha a cátedra de Vésperas em 1596 e, nos 6 anos em que é seu lente, dita 6 apostilas, 3 delas com temas já tratados. Alcança por fim a cátedra de Prima em 1602. Mas ainda publica 5 lições até ser jubilado, em 1608, e mais 4 depois disso, até à sua morte, em 1616.

Uma geração mais tarde, Francisco Vaz (ou Valasco) de Gouveia, também se distingue por alta produtividade (média: 1 apostilha cada 0,8 anos). Mas o ritmo e originalidade do seu trabalho académico é inferior. Provido numa catedrilha em 1607, publica 9 lições até ganhar a cátedra de Sexto, em 1614. Mas dita durante 3 anos o mesmo tema dos fiadores. Provido na cátedra de Sexto, dita três lições sobre o famoso título *de regulis iuris* desse livro, embora tratando de regras diferentes. Nos dois anos que regeu Decreto, apenas ditou uma lição, em 1623. Dois anos depois, ganha a cátedra de Véspera. Mas começam então os seus problemas com a Inquisição, pela qual foi condenado como judaizante. É jubilado em 1633.

(27) Sobre ele, António José TEIXEIRA, *António Homem e a Inquisição*, Coimbra, s/l, 1895. See « Pratica que fez o Dr. Antonio Homem estando para morrer queimado » [1624\05\25], Ms. Bib. P. Évora, vol. II, cod. CVI\1-41.

E, perdoado por D. João IV, entra na carreira da alta administração da justiça, no Desembargo do Paço.

Gonçalo Alves (ou Alvo) Godinho é ainda mais tardio e menos produtivo e original (média: uma apostilha cada 1,4 anos). Ganha uma catedrilha em 1625, depois de já ter ditado 6 lições. Depois, até ser provido na cátedra de Decreto em 1635, publica 10 lições. Mas 5 dos temas são tomados de lições anteriores, repetindo algumas em anos seguidos.

Em Leis, a carreira tende a obedecer a um padrão comum: provimentos rápidos nas primeiras cadeiras (Instituta, Código, Volumen, Digesto Velho), com muito poucas apostilas; grosso da produção académica durante os períodos de provimentos nas cadeiras grandes (Vésperas e Prima) ou mesmo depois da jubilação. A produtividade é bastante menor: 1 apostilha, cada 3,9 anos; contra 1 cada 1,2 anos em Cânones. E vai baixando à medida que os anos vão passando.

É deste tipo a carreira de Manuel da Costa, o *Doctor subtilis* ou *insignis*, um dos «fundadores» (média: uma apostilha cada 1,3 anos). Em poucos anos (de 1539 a 1543), é provido, de seguida, nas cadeiras de Código, Digesto e Digesto Velho. Nos anos seguintes (1548 a 1555) dita 4 lições. É provido em Prima em 1555 e jubilado em 1561, depois do que sai para Salamanca. Volta daí em 1564 e, nos anos seguintes, publica 5 apostilas sobre temas novos. Também não são repetidos os temas das 7 lições não datadas que se conservam dele.

Do mesmo género é a de Pedro Barbosa (média: 1 apostilha por ano, um recorde em Leis). Começou a ditar apostilas ainda antes de ser provido na cátedra de Instituta, em 1557. Quase imediatamente, é provido nas de Código, de Digesto Velho (em que opositou com Álvaro Vaz ou Valasco). Pouco depois, ganha sucessivamente as de Véspera e de Prima. Não sabemos explicar estes provimentos em jato que, em 7 anos, o levam da base ao topo da carreira. Mas, terminada esta fase de concursos, começa a ditar apostilas — ou a passar a escrito as lições orais dos anos passados. Entre 1565 e 1577, data da sua jubilação, publicou 15 apostilas, das quais só 5 repetiram temas. Jubilado, continuou a publicar, conhecendo-se-lhe mais umas 5 apostilas, até 1607.

Seu contemporâneo é Rui Lopes da Veiga, também com o mesmo tipo de carreira razoavelmente operosa (média: 1 apostilha cada 2,4 anos). É provido, em pouco tempo (1569 a 1576), nas cátedras de Instituta, Código, Volumen e Digesto Velho. Passado pouco tempo, em 1581, na de Véspera. Só então começa a ditar apostilas. Entre 1580 e 1590, data em que é provido na cátedra de Prima, dita 6 lições, com temas diferentes. Jubilado, ainda publica uma apostilha. Mas, como há mais 4 apostilas não datadas, a sua produtividade ainda é razoável, sobretudo porque não repetia os temas.

Do mesmo tipo mas mais curta e relativamente mais produtiva é a carreira de António da Cunha (média: 1 apostilha cada 1,6 anos). Ganha as cadeiras menores nos primeiros 8 anos (1583 a 1591), cumprindo os prazos normais para os provimentos (3 anos). Mas não publica senão 3 lições. Até ser nomeado desembargador da Casa da Suplicação (1594) ainda publica 4 novas lições. Mas, depois disso, apenas publica uma lição e repetida.

Nos mais tardios, o padrão é o mesmo, mas a produtividade é baixa.

Nos de carreiras mais longas e quase contemporâneas, o panorama é o seguinte. Francisco Caldeira tem uma carreira longa (1597-1632), terminada pela sua condenação pela Inquisição. Mas produz pouco (média: 1 apostilha em cada c. de 6 anos) e repete temas (1 em 6). João de Carvalho, outra carreira longa quase contemporânea (1601-1643) apenas produz 7 lições (média: 1 apostilha em cada 6 anos). E Manuel Rodrigues Navarro, outro perseguido do Ofício dito Santo, também ganha em poucos anos as cadeiras menores (1591-1602). Depois, ganha a cátedra de Vésperas (1608) e apenas publica 9 lições, não repetidas (1 lição em cada 4 anos) até à sua condenação inquisitorial (1626). António Lourenço (média: 1 apostilha cada 3 anos) também ganha 4 cátedras nos primeiros 13 anos (1605 a 1618), para os quais não ficaram quaisquer lições. Nos 11 anos seguintes, até ser provido na cadeira de Prima (1629), publica 5 apostilas, mas repetindo 3 temas. Pode ser que a sua atividade não universitária — de Desembargador das Casas do Cível (1613) e da Suplicação (1624) — o distraísse da vida académica.

5. *Os textos.*

Este trabalho não é tanto focado nos autores, mas antes nos escritos que eles produziram na sua prática de ensino universitário. E, na abordagem destes, preferimos aqui uma perspetiva massiva sobre o conjunto de textos a uma história analítica sobre cada um deles. Tal como, no pouco que diremos sobre os autores, adotamos uma perspetiva prosopográfica, de um estudo de dirigido a uma população (neste caso de umas 35 pessoas encarregues de ensinar nas duas Faculdade jurídicas de Coimbra entre c. 1570 e c. 1630.

Procurámos esta produção nos principais arquivos e bibliotecas portuguesas. Encontrámo-los, numa esmagadora maioria, na coleção de manuscritos da Biblioteca da Universidade de Coimbra. Aparecem sob a designação de « apostilas », por vezes com indicação do autor e do ano — por vezes, até do dia em que começaram a ser ditadas —, outras vezes anónimas ou não datadas.

Que textos eram estes? O conjunto dos textos que permanecem nos arquivos e que se apresentam como monografias sobre um título (ou parte dele — um capítulo, uma *regula*) dos *corpora júris*, é algo heteróclito. Embora também aí haja lições de bacharelato ⁽²⁸⁾, de formatura ⁽²⁹⁾ e de licenciatura ⁽³⁰⁾, a esmagadora maioria é

(28) V.g., « Esta licao li no meu auto de bacharel que fis na sala da Ud.e de Coimbra aos 19 de Maio na era de 1645. Apadrinhoume o D.ºr Sebastian da Guarda Fregoso Collegial e S. Paulo e lente de Clementinis argumentoume o D.ºr M.º Delgado de Mattos, lente de Codigo, e D.ºr Joseph Mendes Salas lente do mesmo e collegiais no Collegio Real e o D.ºr D F.e de Almeida Castelobranco lente de Sexto e Collegial de Sao Pedro. Fesme a lição o D.ºr Ambrozio Triguciros Semedo Collegial no Collegio Real oje 20 de Maio 1647 — Diogo Cabreira de Guoarda », B.N.L., cod. 2120, fl. 413; « Sequitur explicandus Sum. P. Innocent. 3 relatus per tx. in Cap. irrefragabile 23 a versº ut autem usq. ad versum nise exclusiue sub tt.º de offº judicis ordinarij » (nota à margem: « In Bacharelatu An.ti a Britto P.ºa die 4 Iunni anno 1678 »), Ms. B.U.C., Cod. 866.

(29) « Esta licao ly na salla da Unid.e de Coimbra no meu Auto de formatura, fezma o Ambrosio Trig.es Collegial no Coll.º Real. Apadrinhoume o D.ºr Sebastiiio da Guarda Fragosso Lente de Clem.es Collegial e R. no Coll, Real argumentoume o D.ºr Ant.º Leytao Home Lente de Vespª da Cadªª / de Cannones », B.N.L. cod. 2120, fl. 421 v.

(30) Ou *relectiones* (ou *repetitiones*), lições públicas dadas por estudantes que quisessem aumentar os seus créditos académicos, em vista a obterem graus ou até concursarem a cátedras (v.g., « Articulus 3.us Ad Rubricam de Pactis ». Nota à margem: « D. Leitão. Nota final: Finis capituli primi de pactis, dictati, et laborati, a Magistro

constituída por lições feitas na docência das cadeiras (« Sequitur de materia ... », « dictavit sequentiam », « Incidit hoc anno interpretandus tt.us de rebus ecclesiae non alienandis »⁽³¹⁾). Há umas que estão mesmo rubricadas pelo lente. Nos títulos, ostentam frequentemente essa referência. São lidas (*lectio*)⁽³²⁾, explicadas⁽³³⁾, dadas (*traditae*)⁽³⁴⁾, tratadas⁽³⁵⁾, trabalhadas⁽³⁶⁾, por um mestre — nomeado ou não —, num certo ano. A expressão « postilla dictada »⁽³⁷⁾ também ocorre. No entanto, os Estatutos proibiam o professor de ditar a lição na aula, embora a devesse proferir de tal modo que fosse possível tomar apontamentos. Sabe-se, por outras fontes, que os professores contratavam alunos a quem ditavam, em casa, as lições para as disponibilizar aos estudantes⁽³⁸⁾.

António Leitão Homem, primae cathedrae professore dignissimo, die 7 februarij anno domini 656. LAVS DEO ». Nota à margem no fim do texto: « Nesta apostila fiz Repetição/ M.el da Gama Lobo », Ms. B.U.C., Cod. 769.

⁽³¹⁾ Ms. B.U.C., Cod. 2133, fl. 192.

⁽³²⁾ V.g., « [...] palavras cortadas pelo encadernador] a D. D. Didaco de Andrade Leitao Primariae Cathedrae moderatore dignissimo Anno Domini 1690 die 16 Octobris esta apostilha versa o seguinte tema: Ad tt.us ff. de usufru. Lego. », Ms. B.U.C., Cod. 750.

⁽³³⁾ V.g., « Seqr. explicandus celebris tt.º ff. de vulgari et pupullari substitutione ab insigni praeceptorum D. Francisco Caldeira anno Domini 1608 pria die de septembries », Ms. B.U.C., Cod. 755; « Seqr. t.s in Clem. U.a de causa possessionis et propri explicanda a D. Christophoro Joanne die 19 mensis februarii », Ms. B.U.C., Cod. 2053, fl. 737.

⁽³⁴⁾ V.g., « De Legibus tractatus a Doctore Francisco Suario Hispano e societate Iesu, huius Conimbricensis academiae Theologico professore primario traditus hoc anno ab Incarnatione, 1601 die 2 Octob. »; « Annotationes in Ma(teri)am de Restitutione a sap(ienti)ssimo nec non religiosissimo doctore fr. Eman(uel) tauares tradita anno 1601 mense novemb(ri)s », Ms. B.U.C., Cod. 1824.

⁽³⁵⁾ « Sequitur trelectio ad caput, commisa 35 libro sexto de electione. Ab Francisco Guomes, die 20 octobris, tractari incepta, anno 1626 », Ms. B.U.C., Cod. 2100, fl. 128.

⁽³⁶⁾ « Finis capitis primi de pactis, dictati, et laborati, a Magistro António Leitão Homem, primae cathedrae professore dignissimo, die 7 februarij anno domini 656. LAVS DEO », Ms. B.U.C., Cod. 769, p. 172.

⁽³⁷⁾ « Dictavit D.D. Ioannis de Azevedo », « Dictavit sequentia D. Ludovicus Correa ad intelligentiam », ou, concretizando mais, « dictati, et laborati, a Magistro António Leitão Homem, primae cathedrae professore dignissimo, die 7 februarij anno domini 656 ».

⁽³⁸⁾ Um estudante de Instituta ia a casa de António Homem para « tomar e escrever a postilha do dito Doutor, por ser de matéria nova », *Autos e diligências...*, cit., p. 64.

Por vezes, indica-se um dia preciso, normalmente, dos meados do mês de Outubro, possível data de início do curso; mas também se encontram datas de outros meses (Novembro, Janeiro, Fevereiro e Março), mas em menor quantidade ⁽³⁹⁾. A data marcava o início da explicação do tema, que, naturalmente, se prolongava por vários dias, meses ou anos. Numa apostilha de António Homem sobre o título *De usuris* ⁽⁴⁰⁾, encontramos um texto de 358 pp. que seguramente levou meses a ler. Noutra, de António Leitão Homem, pode ler-se « Finis materiae simoniae a D.D. Ant^o Leitão Homem Decreti cathedrae praeceptore dignissimo. Anno 1644 die Marci 5.^o finita, et incepta. Anno 1639 » ⁽⁴¹⁾.

Como a referência ao professor aparece sempre como uma terceira pessoa, presume-se que o texto seria escrito por um ouvinte, fosse ele um aluno ⁽⁴²⁾ ou um estudante eventualmente mais adiantado, talvez já graduado, com residência na universidade. Se a iniciativa partia do aluno — o « sebenteiro », figura que se prolongou até ao séc. XX —, a este cabia, em casa, passar os apontamentos rápidos tirados na aula para um texto mais limpo e arranjado, eventualmente revisto pelo mestre.

Para além da primeira cópia, havia depois a cópia da cópia, o modo de reproduzir estes textos académicos. E, de facto, há sinais desses copistas, que « queimavam as pestanas » — uma expressão que evoca o trabalho noturno de copiar à luz da candeia de azeite — recopiando os manuscritos de anteriores escolares.

Essas cópias eram, eventualmente, reunidas em volumes e colecionadas, passando gerações.

⁽³⁹⁾ V.g., « Ad Cap. Cum excommunicatione Causa 11 q.e 3^a a D.D. Fr. Emmanuelle Alves Carrilho... nota final: Huic quaestioni D. D. Fr. Emmanuel Alvares Carrilho Die II Maij 1630 finem posuit »; Ms. B.U.C., Cod. 786, fl. 228, p. 189. O autor doutorara-se em Cânones, mas não obteve nunca uma cátedra, pelo que este texto deve reproduzir alguma lição extraordinária, tanto mais que a data aponta para o final do ano escolar.

⁽⁴⁰⁾ B.N.L., cod. 6353, fl. 1-358.

⁽⁴¹⁾ Ms. B.U.C., Cod. 2094, fl. 1. V. também « D.D. Brito, anno 1600 mense febraij, De haereticis (até 121); Finis impositus huic tt.o anno Domino 1602, 20 die decembris in vigilia Sancto Thomae Apostoli », B.N.L., cod. 4134.

⁽⁴²⁾ « Materia nunc ista ex magistro Petro Ribeiro do Lago anno 1658 scripto ab Antonio de Mattos suo secundo juris canonici anno. Ad tractatum De Vacatione Beneficiorum », Ms. B.U.C., Cod. 2063, fl. 100, p. 14.

Muitos desses manuscritos saíam de Coimbra. O frequente trânsito de licenciados e professores para os tribunais da Corte, em Lisboa, faz com que muitas existam hoje na Biblioteca Nacional.

Mas havia — como se disse — outros tipos de lições em que o lente, lentes substitutos ou outros académicos de graus pré-doutorais, davam lições públicas, eventualmente repetindo temas dos cursos ordinários, para aumentarem os seus créditos académicos (43). Alguns textos poderão ser mesmo de explicadores, que fizessem lições privadas sobre algumas matérias (44). Mais formais e graves eram as *repetitiones*, normalmente integradas no exame de formatura. Nos arquivos aparecem várias coleções de *repetitiones*, sobretudo trânsito do séc. XVII para o séc. XVIII. Também aparecem algumas impressas (45).

Creemos que estas lições são o retrato vivo do ensino do direito nesta época.

O conteúdo dos cursos, que estava estabelecido nos Estatutos, constituía apenas um recorte muito amplo das matérias. Tanto em Cânones como em Leis as cadeiras correspondiam aos livros dos dois *Corpora* do direito comum. Em Cânones, as duas catedrilhas e as cadeiras grandes de Véspera e de Prima eram dedicadas ao estudo das Decretais, havendo mais 3 cadeiras « grandes » de Sexto, de Clementinas e de Decreto. Em Leis, havia 3 cadeiras de Digesto (a de Digesto Velho [D.,1 a D.,24,3,2], a de Véspera [Digesto Novo, D.,39 a 50] e a de Prima [Digesto esforçado, D.,24.3.3-D.38]), uma de Código e outra de *Volumen parvum* (os 3 últimos livros do Código de Justiniano, livs. 10 a 12]. A Instituta era estudada nas

(43) V.g.: *Relectiones ad aliquos titulos digesti veteris; Sequens relectio ad textum in c. peccatorum de reg. jur. lib. 6º habita a nobis in publica aula Conimbricæ pro examine ad licentiam praeside Antonio Homem primario magistro* (lição de formatura); *Relectio ad Titulum ff. quando dies ususfr. Leg. cedat. A sapientissimo D. D. Antonio Pereyra da Cunha: anno Dni MDCLXI; In nomine Domini, incipit relectio ad tx in cap. 1º de faeudis in antiquis* (lição de formatura); *Sequitur trelectio ad caput. commisa 35 libro sexto de electione. Ad Francisco Guomes, die 20 octobris, tractari incepta*, anno 1626.

(44) V. TAVEIRA DA FONSECA, *Uma relação do estado da Universidade...*, cit.

(45) Algumas eram impressas: *Repetitio in Cap. Sciendite corda vestra de Paenitentia*. Dist. I, Olyssipone, apud Luduovicum Rodrigues, 1539.

cadeiras do primeiro ano, como um estudo preparatório para legistas e canonistas (46).

Apesar da insistência dos Estatutos em que os professores cobrissem toda a matéria, não era isto que acontecia, salvo, porventura, nas cadeiras de Instituta, em que cada professor devia explicar um dos quatro livros em que ela se dividia, providenciando, assim, no conjunto, uma cobertura elementar de todo o direito (47), tal como o próprio Imperador Justiniano o tinha previsto. Nas outras cadeiras, o programa era escolhido pelo Conselho ou pelos estudantes (48). O reitor, num caso ou noutro, visitava de surpresa as aulas, para ver se o professor cumpria o que fora estabelecido.

Porém, havia um certo laxismo na exigência de cumprimento dos programas pelos professores. Para fazer render os temas, os professores arrastavam os assuntos, gastando todo um ano, por vezes mais do que um, com apenas uma «lei» do título prescrito no programa. As denúncias setecentistas neste sentido são confirmadas por fontes anteriores:

o que deles sabia era que na Faculdade dele declarante — diz o estudante canonista Pero de Moura, em 1619 — os lentes dela gastarem, nas matérias que leem, tanto tempo, além do que lhes é e deve ser assinado para as acabarem, que não ficam fazendo o fruto que, por respeito delas, se pretende; porque o Dr. Domingos Antunes gastou na matéria *De donationibus inter virum et uxorem*, que acabou este ano, cinco anos perfeitos; e o Dr. António Homem gastou três anos perfeitos, ou mais ainda, na matéria *De causa possessionis et proprietatis*; e, só no capítulo *Sotrina*, se deteve um ano inteiro; e o Dr. Diogo Mendes Godinho gastou três anos inteiros no título *De pignoribus*; e o Dr. Francisco Vaz de Gouveia, lente de Sexto, gastou três anos no título *De officio et potestate judicis delegati Libro Sexto*, e os estudantes que, a princípio, o não escreveram, o deixaram de escrever, por não terem as ditas matérias imperfeitas; e, assim, ficam sem o fruto das principais lições pelo dito respeito. E assim, tirado o dito Francisco Vaz, não explicam as rubricas dos títulos que alegam, o que fora muito bom, porque da Instituta as não levam sabidas (49).

(46) Segundo Taveira da Fonseca, o curso seria dado por 4 professores, cada um encarregue de um dos livros. V. TAVEIRA DA FONSECA, *Uma relação do estado da Universidade...*, cit., p. 244 e ss.

(47) *Ibid.*, p. 244.

(48) *Estatutos 1654*, 2,23,3. Nos finais do séc. XVII, é afastada a intervenção dos estudantes, por se considerar que era a causa do abastardamento do ensino. V. TAVEIRA DA FONSECA, *Uma relação do estado da Universidade...*, cit., p. 245.

(49) Devassa, p. 161.

O professor devia mudar de programa todos os anos, num ciclo de quatro anos, para que os alunos pudessem, ao longo dos 4 anos de curso percorrerem todas as matérias que o lente, sucessivamente, ia explicando ⁽⁵⁰⁾.

Não é nada seguro que isto funcionasse assim na prática. Ordenando por datas as apostilas de cada lente, não é nada evidente que os seus temas se organizem em ciclos de 4 anos. Há frequentes casos em que o tema da apostilha se repete em anos seguidos. E, noutros casos, mais raros, o professor nunca repete os temas, ao longo de largos períodos. Nem sequer é muito claro que as apostilas correspondessem à matéria da cátedra em que o lente estava provido. Em Cânones, isso pode explicar-se pelo facto de a um título das Decretais corresponderem títulos com a mesma rubrica nas Clementinas, no Sexto ou nas Extravagantes. E nem sempre no título das lições se especifica de qual deles se ia tratar. O mesmo acontece nos livros de Leis, porque as *Institutiones*, o Código e o Digesto têm títulos com a mesma epígrafe. De resto, parece que o título era apenas um ponto de apoio para uma digressão mais alargada, que percorria as várias fontes e textos de autoridade no âmbito da questão jurídica a que o título se reportava. Como os professores não eram especializados exclusivamente num dos livros dos *corpora iuris*, passando pela explicação de todos eles ao longo da sua carreira, saltariam facilmente de uma fonte para a outra, franqueando mesmo as fronteiras entre Cânones e Leis. Os legistas não deixavam de aludir ao direito canónico, como os canonistas remetiam para textos de direito civil. Em alguns casos, apostilas de direito civil aparecem escritas por canonistas e de direito canónico por legistas. E, em umas e outros, abundavam as referências às leis do reino ⁽⁵¹⁾.

⁽⁵⁰⁾ TAVEIRA DA FONSECA, *Uma relação do estado da Universidade ...*, cit., p. 244.

⁽⁵¹⁾ Como mostra Maria Paz Alonso, referindo o ensino que em Salamanca se fazia do direito castelhano, embora não houvesse nenhuma cadeira de direito próprio. V. Maria Paz ALONSO ROMERO, *Ius commune y derecho patrio en la Universidad de Salamanca durante los siglos modernos. Trayectoria docente y métodos de enseñanza de Antonio Pichardo Vinuesa, Juan Solórzano Pereira, Francisco Ramos del Manzano y José Fernández de Rates*, em EAD., *Salamanca, escuela de juristas*, Madrid, Universidade Carlos III, 2012.

Na prática, a escolha dos temas de cada ano devia ser fortemente influenciada pelo professor que ia lecionar a cadeira. O lente, provavelmente, propunha aos estudantes alguns temas que estava mais disposto a explicar. A contínua repetição dos temas ao longo dos anos, indicia a formação de uma certa tradição textual, porventura moldada pelas « memórias » textuais dos lentes. Embora também esta rotina dos temas possa demonstrar uma sensibilidade partilhada acerca das matérias importantes, seja do ponto de vista do seu prestígio académico, seja do ponto de vista da sua relevância prática.

Um autor que cursou a universidade de Coimbra no período que estudamos — António de Sousa de Macedo ⁽⁵²⁾ — deixou-nos indicações acerca do modo como era idealizado e estudo do direito e das matérias e livros que eram considerados mais importantes ⁽⁵³⁾. Segundo Macedo, era necessário saber de cor as rubricas de todos os títulos dos dois *corpora iuris*, uma tarefa ideal que ultrapassaria a capacidade de qualquer. O próprio Macedo indica o número das « leis » do Digesto (no total, 8 135). Depois, teria que se saber os nomes das ações, pois, segundo o direito romano clássico, tinham que ser indicados no libelo, algo que o direito pátrio dispensava. E, talvez por isso, apenas existem três apostilha sobre o tema genérico das ações, tratado num título das *Institutiones* ⁽⁵⁴⁾. Também os

⁽⁵²⁾ ANTÓNIO DE SOUSA MACEDO, *Perfectus doctor in quacumque scientia maxime in iure canonico, & civili. Summorum auctorum circinis, lineis, coloribus, a penicillis figuratus* [delineado com os compassos, as linhas e os pincéis dos melhores autores], Londini, Richard Hearn, 1643. Sobretudo caps. 12 e 13 (conselhos genéricos sobre o saber jurídico e as atitudes de estudo), caps. 14 a 16, sobre matérias e livros de estudo.

⁽⁵³⁾ Esta literatura que aconselha os estudantes sobre o modo de estudar era indispensável, pois os escolares ream deixados a si mesmos quanto à maneira de se preparar para os exames de fim de curso (exame de bacharel, de formatura ou de licenciatura). Sobre isto v. LAURA BECK VARELA, “*Memoria de los libros que son necesarios para pasar*”. *Lecturas del jurista en el siglo XVI ibérico*, em « CIAN. Revista de la historia de las universidades », 21 (2018), 2, pp. 227-267.

⁽⁵⁴⁾ RUI LOPES DA VEIGA (na altura lente de Véspera), « Annotationes ad celebrem titulum Instituta de actionibus... Anno dni 1584... Emeritus Professor Rod. Lop. a Veiga »; Ms. B.U.C., Cod. 880, fl. 1, p. 31 (de que existe mais de uma dezena de cópias, testemunhando da popularidade da obra); ANTÓNIO DE CAMPOS (porventura lente substituto), « Sequitur celebris Repetitio ad difficilem tt.m... De actionibus explicandum a DD. Ant.o de Campos... anno 1586 », Ms. B.U.C., Cod. 748, p. 153; e Manuel

interditos pretorianos (*unde vi, vi armata, ex secundo decreto, uti possidetis*, etc.) ⁽⁵⁵⁾, os *senatusconsultos* ⁽⁵⁶⁾ e algumas leis deveriam ser memorizados. Para além disso, deviam ser conhecidos os capítulos ou títulos em que os assuntos jurídicos eram tratados de forma não incidental (*sedes materiae*) (p. 44). Deviam ser sabidas as *regulae iuris*, quer do Digesto (D.,50,17), quer do Sexto (S., 5,12), como « chaves principais do direito [...] cuja ignorância constituía uma culpa grave » (p. 45). E, de facto, existem muitas lições sobre as regras de direito, principalmente as reunidas no Sexto ⁽⁵⁷⁾. A mesma atenção requeriam os lugares comuns, « as sedes de onde se tiram os argumentos », que, com os axiomas, constituíam as bases de argumentação alternativas aos « textos legais » (p. 46). Para além disso, algumas luzes de história do direito, tema ausente das apostilas, e algumas curiosidades úteis, como a origem do direito, os nomes dos jurisconsultos, a história da compilação justinianeia, as divisões do Digesto (p. 49), alguma filosofia, umas noções de dialética, oratória e poesia, assuntos que se ensinavam no curso preparatório de Artes. Estas indicações são completadas pela referência aos livros mais importantes para aprofundar o estudo. E, destes, destaca — seguindo Gribaldo Mopha —, João de Imola, os consiliadores Pedro Anacarno e Egídio (?) Romano, pela sua concisão e abundância de referências textuais, e Alexandre de Imola ⁽⁵⁸⁾ e Filipe Décio ⁽⁵⁹⁾, pela cópia de opiniões que recolhiam. Sem descurar Raffaele Fulgoso, Raffaele Raimondi Cumanus, Paulo de Castro, Pietro Filipe Corneus, Francisco Aretino, Bartolomeu Soccino, Francisco Curtius

RODRIGUES NAVARRO (também lente de Véspera), « Sequitur explicandus tt.us in (?) omnium institut. de actionibus, 1615 », Ms. B.U.C., Cod. 2108, fl. 1, p. 50.

⁽⁵⁵⁾ Matéria sobre que apenas existe uma lição, sobre um dos menos importantes (« Ad L. I.m ff. de Salviano Interdicto. P. Andrade », Ms. B.U.C., Cod. 842, p. 15).

⁽⁵⁶⁾ Existem apenas 5 lições sobre o *Senatusconsultum Trebellianum* e duas que aludem incidentalmente ao *Velleianum*.

⁽⁵⁷⁾ Sobre as do Digesto, há 6 lições. Sobre as do Sexto, 26 lições.

⁽⁵⁸⁾ *Codicis libros commentaria, In primam Infortiati partem; in secundam Infortiati partem; annotationibus ex Alexandro de Imola, Venetiis, 1567; Scholiorum in consilia Alexandri Imolensis, Venetiis, 1586.*

⁽⁵⁹⁾ *De regulis iuris*, Lugduni, 1549.

Senior. A estes adicionava ainda Azo de Bolonha ⁽⁶⁰⁾ e Oldrado da Ponte ⁽⁶¹⁾. Dos modernos, aconselhava Jacopo Menochio, Giovanni Pietro Surdus, Giuseppe Mascardus e o Cardeal Dominicus Tuscus (Toschi), bem como aqueles que se tivessem ocupado das leis, estatutos e estilos do próprio reino. Entre « antigos » e « modernos », preferia os antigos, mais próximos da sabedoria pristina e ratificados pela tradição dos seus escritos.

Das notas anteriores, já se depreende que entre este aprendizado ideal e o que as Faculdades jurídicas proporcionava haveria uma certa distância. Daí a utilidade de considerar o universo das apostilas que restam.

O caráter manuscrito das apostilas dava-lhes uma flexibilidade e mobilidade que um « manual » impresso não tinha. Embora isto só se possa afirmar com segurança depois de uma análise dos conteúdos das várias versões das apostilas de um lente sobre um certo ponto, o natural é que, em cada ano que se ditavam lições, se pudesse alterar o seu conteúdo, em função de uma nova reflexão sobre o tema.

Também o seu caráter artesanal lhes garantia, paradoxalmente, uma grande perdurabilidade. Cada um podia copiá-las sem grandes custos, personalizá-las com notas próprias, emprestá-las ou vendê-las a colegas e a correspondentes ⁽⁶²⁾, fazendo-as correr com muito maior agilidade do que os livros ⁽⁶³⁾. O próprio estado arquivístico deste material manifesta esse seu dinamismo. Existem massivamente em Coimbra, mas encontram-se cópias ou originais noutras bibliotecas, como a Biblioteca Nacional de Lisboa, a Biblioteca da Ajuda ou a Biblioteca de Évora.

Reunimos, para esta análise todas as apostilas existentes dos professores que, tendo começado a exercer no período de 1570 a 1630, produziram apostilas. Identificámos, assim, umas 480 lições, datadas ou não. As suas datas limites são c. 1570 e c. de 1630,

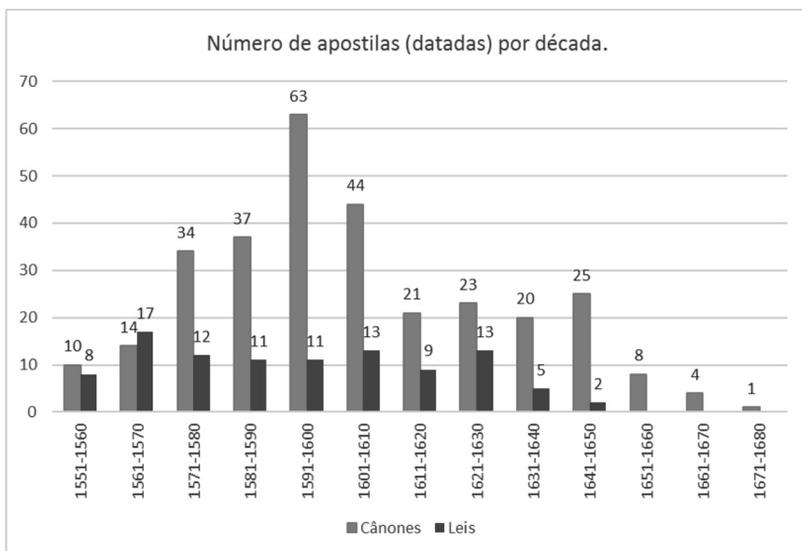
⁽⁶⁰⁾ « Azo, chi non a la Summa de Azo non entra en palazzo ».

⁽⁶¹⁾ « Quien tiene por si Oldrado tiene el pleyto acabado ».

⁽⁶²⁾ Encontra-se uma indicação de preço numa, de 1627: 2020 rs.; não era uma pequena quantia.

⁽⁶³⁾ V. Fernando BOUZA ÁLVARES, *Corre Manuscrito. Una Historia Cultural Del Siglo De Oro*, Madrid, Pons, 2001.

embora se tenham em conta, também, as que os lentes considerados escreveram antes ou depois dos limites cronológicos estabelecidos. A distribuição por década é a do gráfico seguinte. Como os lentes que entram depois de 1630 não são considerados, a diminuição do número de apostilas no fim do período não quer necessariamente dizer que a produção académica tenha diminuído a partir dessa data. Embora pareça que isso, de facto, aconteceu, correspondendo as décadas da transição dos séculos a um período de ouro desta literatura académica. O gráfico também patenteia a enorme desproporção da produção académica das duas Faculdades. Apesar de ter quase metade dos professores (v. antes), a Faculdade de Cânones produzia três vezes mais apostilas do que a de Leis.



Concentremo-nos agora nos temas.

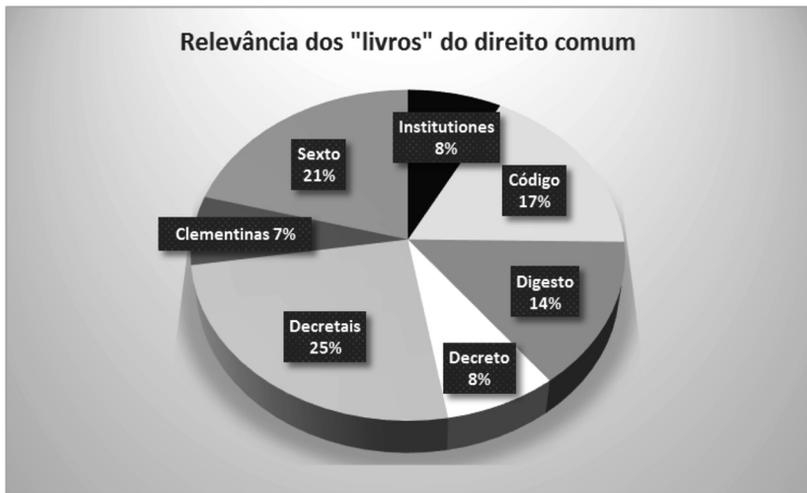
Apesar de o conjunto dos *corpora iuris* terem cerca de 15 000 títulos e capítulos, as apostilas encontradas, para o período de c. 1570 a c. 1630, incidem apenas sobre c. de 200; ou seja apenas um pouco mais de 1 %. No conjunto dos c. de 200 temas, 125 são de Cânones, 76 de Leis. Alguns não se identificam com nenhum título de qualquer dos dois *corpora* (v.g. *de extensione legis*, *de fictionibus*, *de primogenitura*, *de cambiis*, *de bello*, *de clavium potestate*), corres-

pondendo aparentemente a matérias que a prática identificava como relevantes, mas que não tinham sido tratadas específica e autonomamente nas fontes. Distribuímos-los por Cânones ou Leis, de acordo com a pertença do lente que os tratou.

Há, então, uma enorme contração dos temas possíveis, que corresponde à concentração sobre muito poucos dos textos de referência. Claro que nem todo o enorme universo textual do direito comum podia ser ensinado. Mas interessa tentar perceber um pouco dos critérios de uma filtragem tão seletiva. Pois elas correspondem, de facto, a uma reconstrução do corpo do direito comum, próprio de uma esfera comunicativa com os seus critérios próprios quanto à relevância das matérias e também das « partes » do direito comum.

A avaliação da relevância dos vários « livros » dos *corpora* é feita pela pertença a eles dos títulos objeto de lição. Este cálculo só pode ser aproximativo porque não estivemos a destringir que título era especificamente explicado de entre los vários que tinham uma mesma rubrica. Como já se disse, há rubricas repetidas entre as Decretais, as Clementinas, o Sexto e, até, as Extravagantes. Como as há entre as Institutiones, o Código e o Digesto. E, em alguns casos, há-as mesmo entre livros do *Corpus iuris civilis* e do *Corpus iuris canonici*. Muito provavelmente, o que o professor fazia, ao tratar de um tema que aparecia em vários livros, era combinar uns com os outros, num tratamento conjunto ⁽⁶⁴⁾. Seja como for, ensaiámos representar os resultados. Como é de esperar, os « livros » canónicos são mais tratados do que os civis. Nos primeiros, sobrelevam as Decretais, tratadas em duas cadeiras e nas catedrilhas. O Sexto, as Clementinas e o Decreto eram tratados cada um na sua cadeira maior, mas o Sexto é claramente mais popular. Nos livros de Leis, o Código, que apenas é objeto de ensino de 2 cadeiras (Código e Volumen), suplanta o Digesto, tratado em 3 cadeiras. Às Institutiones, explicadas no ano introdutório, corresponde uma pequena parte do bolo.

⁽⁶⁴⁾ Aquilo a que se chamava um *tractatus*, ou suma do que as várias fontes diziam sobre um tema, representando a forma mais elaborada de tratar o direito contido em fontes diversas. E, na verdade, algumas das apostilas aparecem designadas de « *tractatus de* ».



Mais interessante, porém, é entender os critérios de preferência por certos títulos.

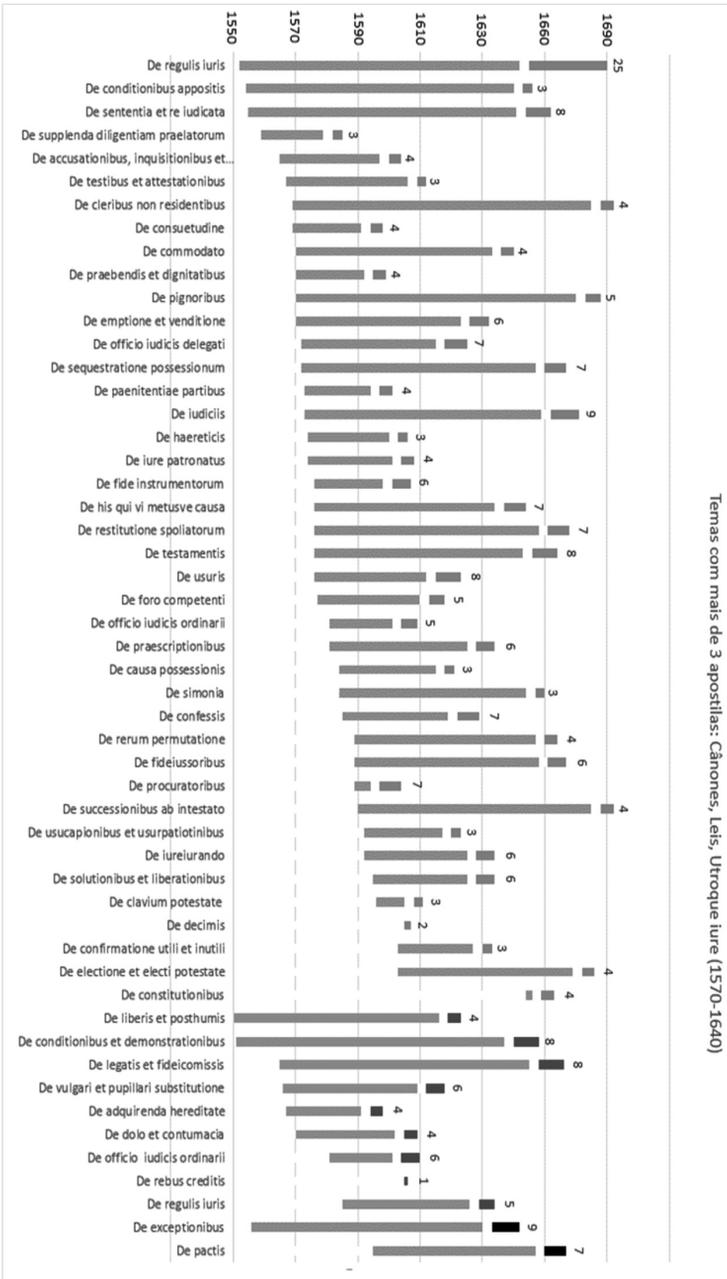
Uma questão interessante é a de explicar este fenômeno. Embora o assunto não esteja estudado, é de supor que esta triagem da tradição textual acontecesse nas Faculdades de direito por toda a Europa.

Há, desde logo, textos dos *corpora iuris* que eram considerados como « celebres » e « celeberrimi », « famosi », « difficiles » e « perdifficiles », « subtiles et obscaures », « aureos », « utiles » e « perutiles ». Estes qualificativos ocorrem na literatura impressa, mas também nos títulos das apostilhas, apontando para o prestígio que o texto adquirira na tradição textual acadêmica, para a dificuldade da sua interpretação e, logo, para o engenho de quem o explicasse bem, para a sua utilidade na prática do direito letrado. Tudo qualificativos dados pelos autores, inseridos em estratégias várias de promoção. Sobre estes temas tenderia a incidir a atenção dos lentes. A circulação de professores entre as universidades fazia com que estas preferências se exportassem e acabassem por se tornar comuns a várias academias. Quer a escolha dos temas das lições fosse do Conselho, dos professores ou dos estudantes, havia, por tanto, um núcleo restrito de temas que a tradição tornara populares nos meios

jurídicos académicos, não sendo muito claro que essa popularidade tivesse mais a ver com o interesse « social » ou « político » dos assuntos do que com uma sua notoriedade puramente « académica ».

Voltemos ao caso particular das Faculdades jurídicas de Coimbra. Examinando as apostilas existentes para o período considerado (v. antes), vemos que, dentro do já restrito número de temas que aparecem — os tais 1% dos possíveis —, as atenções se concentram sobre um universo ainda mais restrito: uns 50 títulos (ou seja, pouco mais de 10% dos temas tratados pelos lentes conimbricenses do período), c. de 40 de Cânones e c. 10 de Leis; sobre os quais, existem mais de 3 lições por cada um. O gráfico abaixo mostra os períodos em que cada um é tratado (traços a cinzento), bem como o número de vezes em que o é (traços a verde, vermelho e preto).

A tabela seguinte acrescenta o nome dos lentes deste período de 1570 a 1630 que trataram cada tema, pela ordem que o fizeram.



Can/ Lei	Tema	1 ^a apost.	Ult ^a ap.	N ^o apost.	Lentes e número de apostilas, por ordem cronológica
c	De regulis iuris (S,ult.)	1552	1642	25	Luís de Castro Pacheco, Manuel Soares, Luís Correia, Sebastião de Sousa 2, Diogo de Brito, António Homem 2, Sebastião de Sousa, Francisco Vaz de Gouveia 2, Luís Correia, Manuel Cast ^o Branco, Francisco Vaz de Gouveia 2, António Leitão Homem 4, Manuel Cast ^o Branco 2, Pedro Rib ^o do Lago, Manuel Cast ^o Branco, Sebastião de Sousa, Pedro Rib ^o do Lago
c	De sententia et re iudicata (X,2,27)	1555	1641	8	Luís de Castro Pacheco, Luís Correia, Cristóvão João, Luís Correia, Sebastião de Sousa 2, Sebastião da Guarda 2
c	De accusationi- bus, inquisitioni- bus et denuntia- tionibus (X,5,1)	1565	1597	4	Francisco Dias, Luís Correia 2, Manuel Cast ^o Branco
c	De consuetudine X,1,4)	1569	1591	4	Manuel Cast ^o Branco 2, Luís de Castro Pacheco, Manuel Soares
c	De cleribus non residentibus (X,3,4; S,3.3)	1569	1665	4	Luís Correia, Domingos Antunes, Diogo de Brito, Pedro Rib ^o do Lago
c	De praebendis et dignitatibus (DG,3,5; Cl,3,2; S,3,2; Estr.com, 3,2; Extr.Ioh, 3)	1570	1592	4	Sebastião de Sousa 2, Luís de Castro Pacheco, Sebastião da Guarda
c	De pignoribus (DG,3,21)	1570	1660	5	Luís Correia, Domingos Antunes, Gonçalo Alvo Godinho, Sebastião da Guarda 2
c	De comodato (C,4,23)	1570	1633	4	Luís Correia. António Homem, Pedro Rib ^o do Lago, Luís de Castro Pacheco

c	De emptione et venditione (I,3,23; C,4,49)	1570	1623	6	Luís Correia, Francisco Dias 3, Domingos Antunes, João de Carvalho (leg.)
c	De sequestratione possessionum X,2,17, Cl,2,6	1572	1647	7	Luís Correia, Cristóvão João, Diogo de Brito 2, Pedro Rib ^o do Lago 2, Sebastião da Guarda
c	De officio iudicis delegati (DG,1,19; S,1. 14)	1572	1615	7	Luís de Castro Pacheco 2, Luís Correia 4, Francisco Vaz de Gouveia
c	De iudiciis (X,2,1)	1573	1649	9	Luís de Castro Pacheco 2, Cristóvão João, Luís Correia 3, Sebastião da Guarda, Gonçalo Alvo Godinho, Pedro Rib ^o do Lago
c	De paenitentiae partibus (DG,d.4,6)	1573	1594	4	Manuel Soares, Sebastião de Sousa, Francisco Dias, Luís Rib ^o de Leiva
c	De iure patronatos (X,3,38; Cl,3,19; S,2,9)	1574	1601	4	Luís de Castro Pacheco, Francisco Dias, Sebastião de Sousa 2
c	De testamentis et ultimis voluntatibus (S,3,1)	1576	1643	8	Luís de Castro Pacheco, Cristóvão João 2, Francisco Dias, Cristóvão João, Francisco Dias, Diogo Mendes Godinho 2
c	De usuris (X,5,7; Cl, S,)	1576	1612	8	Luís Correia 2, Manuel Soares, Luís Correia 3, Diogo de Brito, Francisco Dias
c	De restitutione spoliatorum (S,2,5; S,1,21)	1576	1648	6	Luís Correia, Manuel Soares 2, Domingos Antunes, António Leitão Homem 2
c	De his qui vi metusve causa (X,1,40)	1576	1634	7	Luís Correia, Sebastião de Sousa, Domingos Antunes, Luís Rib ^o de Leiva, Gonçalo Alvo Godinho 3
c	De fide instrumentorum (X,2,22)	1576	1598	6	Luís de Castro Pacheco, Luís Correia 4, Cristóvão João

c	De foro competenti (X,2,2; Cl, 2,2; S, 2,2)	1577	1610	5	Luís de Castro Pacheco, Cristóvão João, Domingos Antunes, Francisco Dias, Pedro Rib ^o do Lago
c	De praescriptionibus (S,2,13)	1581	1625	7	Luís Correia 2, António Homem, Francisco Dias, Diogo Mendes Godinho, Gonçalo Alvo Godinho, Diogo Mendes Godinho
c	De confessis (X,2,18, C,7,59, D,42,2)	1585	1619	7	Francisco Dias, Cristóvão João 4, Gonçalo Alvo Godinho, Sebastião de Sousa
c	De rerum permutatione (C,4,65;D,19,4)	1589	1647	4	Francisco Dias 2, Sebastião da Guarda, Luís Rib ^o de Leiva
c	De procuratoribus (D,3,3; C,2,12)	1589	1594	7	Luís Correia, António Leitão Homem, Luís Correia, Diogo de Brito, Sebastião de Sousa António Homem, Sebastião de Sousa
c	De fideiussoribus (C,5,20; X,3,22)	1589	1648	6	Sebastião de Sousa, Francisco Vaz de Gouveia 3, Gonçalo Alvo Godinho 2
C	De successione ab intestato (X,3,27)	1590	1665	4	Francisco Dias, Sebastião da Guarda 3
c	De iureiurando X,2,2	1592	1625	6	Francisco Dias 3, Domingos Antunes, Sebastião da Guarda, Manuel Soares
c	De solutionibus et liberationibus (X,3,23)	1595	1625	6	António Homem 2, Francisco Vaz de Gouveia 2, João de Carvalho (can.) 2
c	De electione et electi potestate (Cl,1,3)	1603	1659	4	António Homem, Pedro Rib ^o do Lago 3
c	De constitutionibus (DG,1,2;S,1,2)	1644	1646	4	Manuel Cast ^o Branco 2, Luís Correia, Luís de Castro Pacheco

l	De liberis et posthumis (D,28,2)	1548	1614	4	Manuel da Costa, Pedro Barbosa, Marçal Casado Jácome, Rui Lopes da Veiga
l	De conditionibus et demonstrationibus (D,35)	1551	1637	8	Manuel da Costa, Pedro Barbosa, Francisco Caldeira, António Lourenço 2, João de Carvalho (leg.), António da Cunha, António Vaz Cabaço
l	De legatis et fideicommissis (D,34,4)	1565	1645	8	Pedro Barbosa 3, Rui Lopes da Veiga, M.el Rodrigues Navarro, Marçal Casado Jácome 2, António da Cunha
l	De vulgari et pupillari substitutione (C,7,1; D28,6; I,2,15)	1566	1609	6	Pedro Barbosa 2, Francisco Caldeira 2, António Vaz Cabaço, Manuel da Costa
l	De acquirenda hereditate (D,29,2)	1567	1591	4	Pedro Barbosa, Rui Lopes da Veiga, António Vaz Cabaço, Manuel da Costa
l	De dolo et contumácia (X,2,14; Cl,2,4; S,2,6; Extr.com,2,3)	1570	1602	4	Manuel da Costa 2, Marçal Casado Jácome, Manuel da Costa
l	De officio iudicis ordinarii (X,1,29; Cl,1,9; S,1,16)	1581	1601	6	Manuel Soares 3, Francisco Dias, Luís de Castro Pacheco, Jaime de Morais
l	De rebus creditis (C.4,1; D,12,1)	1602	1602	1	Manuel Rodrigues Navarro
l	De regulis iuris (D.,50,17)	1626	1626	5	Mendo da Mota, Rui Lopes da Veiga 2, António Lourenço 2
u	De exceptionibus (X,2,25)	1556	1630	9	Luis de Castro Pacheco, Cristóvão João, António Homem, Domingos Antunes, Gonçalo Alvo Godinho 3, António da Cunha 2
u	De pactis (C,2,3)	1595	1647	7	Francisco Dias, António Homem, António Leitão Homem 2, M.el Rodrigues Navarro, António Lourenço 2

Na escolha dos temas poderá, por vezes, terá influído o prestígio de lições de grandes mestres, cuja memória se mantinha e cujas lições estavam aí, à mão de ser utilizadas pelos seus sucessores nas cátedras.

Notamos que o tratamento destes temas mais populares tinha começado cedo, ainda no decurso das décadas de 1540 e 1550, sobretudo a partir do seu lançamento pelos lentes fundadores, como os canonistas Martim Azpilcueta, Juan Mogrovejo e Luís Castro Pacheco ou o legista Manuel da Costa. Outros são mais tardios, mas quase nenhum aparece depois da década de 1590. Esta é, portanto, a década em que a tradição temática que irá dominar os cinquenta anos seguintes se fixa.

Na década de 1550, aparecem outros « lançadores de temas », com destaque para Luís de Castro Pacheco. Luís de Castro é, realmente, um veterano, quase contemporâneo dos fundadores, autor ativo entre 1554 e 1578, tendo autorado mais de 30 apostilas, que abriram linhas temáticas em temas processuais (*De exceptionibus*, 1556, *De officio iudicis delegati*, 1572, *De iudiciis*, 1573, *De foro competentis*, 1577), no importante assunto do padroado (*De iure patronatus*, 1574) ⁽⁶⁵⁾ e no dos testamentos (*De testamentis*, 1576).

A década de 1560 é aquela em que a marcação de temas com futuro pertence aos canonistas Luís Correia e Cristóvão João e ao legista Pedro Barbosa.

Luís Correia ⁽⁶⁶⁾ — está ativo como autor de lições entre 1569 e c. 1597. Há dele um conjunto importante de umas 50 apostilas com temas diferentes. Muitos destes temas (na verdade, 9) são retomados por professores mais novos nos anos seguintes. Entre estes, salientam-se matérias processuais (*De sequestratione possessionum*, 1572, *De restitutione spoliatorum*, 1576, *De procuratoribus*, 1594), mas, sobretudo, de direito contratual (*De comodato*, 1570, *De*

⁽⁶⁵⁾ Um tema sobre que, em 1602, Jorge de Cabedo publicará uma obra de sucesso: *De patronatibus ecclesiarum regiae coronae Regni Lusitaniae*, Olisipone, ex Officina Georgij Rodriguez, 1602.

⁽⁶⁶⁾ Nuno ESPINOSA GOMES DA SILVA, *O direito subsidiário num comentário às ordenações manuelina atribuído a Luís Correia*, em *Estudos de direito público em honra do Professor Marcello Caetano*, Lisboa, Ática, 1973, pp. 253-294; António DE OLIVEIRA, *A livraria de um canonista do séc. XVI*, em «Revista da Universidade de Coimbra», 22 (1970), pp. 61-155.

pignoribus, 1570, *De emptione et venditione*, 1570, *De his qui vi metusve causa fiunt*, 1576), salientando-se o da usura, que trata repetidamente (*De usuris*, 1576 e seguintes). Inaugura também o tema da heresia (*De haereticis*, 1569) que, no contexto ibérico, se voltava para um tema que os tratados centro-europeus não abordavam — o dos conversos judaizantes. Nos restantes temas sobre que leu, não foi muito seguido.

O mesmo efeito de inspirador de temas teve Cristóvão João, lente de cânones de 1578 a depois de 1586, que dita cerca de 20 lições de 1557 a 1595, duas das quais, uma sobre matéria penal (*De simonia*, de 1584) e outra sobre um tema de direito canónico (*De supplenda diligentiam praelatorum*, 1559), tratam títulos a que outros voltarão nos anos a seguir.

Pedro Barbosa, lente legista a partir de 1557, chegando à cátedra de Prima em 1564, foi autor, entre 1551 e 1607, de umas 20 apostilas com temas diferentes, dos quais os relativos a problemas sucessórios (*De legatis et fideicommissis*, *De vulgari et pupillari substitutione* e *De acquirenda et amittenda haereditate*) inauguraram linhas temáticas.

Francisco Dias (ativo entre 1585 e 1612), António Homem (ativo entre 1592-1619) e António da Cunha (ativo entre 1588 e c. de 1605) pertencem à geração seguinte. Inauguram menos temas (António da Cunha, de facto, não inaugura nenhum), mas, como escreveram muito (c. de 30 apostilas os canonistas, c. de 10 o legista), insistiram em temas dos anteriores, contribuindo para os tornar habituais.

A partir da década de 1610, poucos temas se introduzem de novo.

Em Cânones, o tema mais comum é dos comentários a uma *regula iuris* do último livro do Sexto (S.,5,12), Porém, como abarca vários assuntos, não o tomamos em consideração.

A seguir, vêm dois temas relativos ao processo e ordem processual, um sobre os juízes, outro sobre sentença e caso julgado (*De sententia et re iudicata*). Populares são também o tema dos testamentos (*De testamentis*), das usuras (*De usuris*), dos poderes dos juízes delegados (*De officio iudicis delegati*), dos efeitos do medo e coação (*De his qui vi metusve causa fiunt*), da prescrição (*De praescriptionibus*), da confissão em processo (*De confessis*), dos

procuradores (*De procuratoribus*) da compra e venda (*De emptione venditione*), da restituição das coisas esbulhadas (*De restitutione spoliatorum*), da força probatória dos documentos (*De fide instrumentorum*), das fianças (*De fideiussoribus*), do juramento (*De iureiurando*), do pagamento (*De solutionibus*). Todos eles surgem cedo, antes de 1580, salvo os três últimos e o da confissão judicial.

Em Leis, os temas mais usuais são a condição nos negócios (*De conditionibus et demonstrationibus*), os legados e fideicomissos (*De legatis et fideicommissis*), a substituição testamentária (*De vulgari et pupillari substitutione*) e os poderes do juiz (*De officio iudicis ordinarii*). No conjunto, nota-se uma predominância de temas ligados às sucessões e heranças.

Tratados numa e noutra Faculdade são os temas das exceções processuais (*De exceptionibus*) e dos pactos (*De pactis*).

A busca de correspondências entre estes temas « populares » — ou mesmo, em geral, entre o conjunto dos temas das apostilas que considerámos — e assuntos que se presume estariam na agenda política e social destas décadas não produz grandes resultados.

É certo que alguns dos temas mais tratados tinham alcance político considerável. Por exemplo, os que tratavam da distinção entre os âmbitos de competência de tribunais laicos ou eclesiásticos (*De foro competenti*, objeto de 5 apostilas); os que evocavam os abusos dos eclesiásticos (*De supplenda negligentiam prelatorum; De clericis non residentibus; De simonia*; no conjunto, tratados numa dezena de apostilas); ou os que se referiam ao conteúdo implícito das doações, questão muito abordada relativamente ao conteúdo e permanência das doações de terras da coroa (*De regula in generali concessione*, S,5,81; *De regula decet*, S,5,16). Impacto político tinha também o tema dos heréticos (*De hereticis*, X,5,7), que é tratado em 3 apostilas; só Luís Correia lhe dedica 2 apostilas (1574, 1595). Bem como o tema sobre o « poder das chaves », ou seja, sobre o primado do Papa e a titularidade do poder de perdoar os pecados (*De clavium potestate*), provavelmente significativo aquando da discussão do perdão geral aos judeus, concedido em 1605; tema sobre o qual António Homem, o polo do grupo judaizante na Universidade e mais tarde condenado à morte pela Inquisição, escreve três apostilas, entre 1596 e 1605.

Podia ser socialmente significativo o tema da usura, uma prática que as fontes dizem estar muito difundida na sociedade coimbrã, não apenas entre os académicos, mas entre a população em geral, sendo vários os professores de que se dizia serem onzeneiros, dentro e fora da universidade ⁽⁶⁷⁾. Com a usura e outros contratos de dinheiro a risco se relacionavam os temas da dúzia de apostilas com títulos como *De usuris*, *Si foeneraveris*, *De cambiis*; podendo ainda relacionarem-se com isso as 3 apostilas sobre censos, um contrato que podia camuflar o empréstimo a juros (*De censibus*) ou as 4 sobre comodato (*De comodato*), um contrato de empréstimo não remunerado.

Outro tema com relevo prático era o dos morgados, muito interessante para as elites sociais em que os juristas também participavam. De algum modo, ele podia ser abordado, ao explicar os fideicomissos (*De legatis et fideicomissis*), tema de que existem 7 lições, distribuídas ao longo de todo o período aqui estudado (de 1565 a 1644). Relacionado, estava o tema das substituições sucessórias, que permitia ao testador indicar uma linha sucessiva de herdeiros ou legatários. Também ele é tratado numa série de 6 apostilas (*De vulgari et pupillari substitutione*, de 1566 a 1609).

Porém, estão ausentes uma série de temáticas que nos parece deverem ter então um grande relevo prático, mesmo se alargarmos a pesquisa a autores próximos da época em que nos centrámos. Sobre a enfiteuse e sua renovação, um assunto que alguns juristas diziam ser a questão crucial da sociedade portuguesa dos finais do séc. XVI, e já tratado profusamente por Francisco Caldas Pereira de Castro, em obra publicada em 1585 ⁽⁶⁸⁾, e por Álvaro Vaz (ou Valasco) em obra célebre de 1591 ⁽⁶⁹⁾, não há qualquer apostila. Sobre o princípio da primogenitura, a que Luís Molina dedicara uma obra

⁽⁶⁷⁾ *Autos e diligências...*, cit.

⁽⁶⁸⁾ *Symptama univrsi Juris Emphyteutici*, Pars I. De Renovatione, Ulyssipone, Emmanuelem de Lyra, 1585; com novas edições em Coimbra, 1604, Nuremberga, 1605, Francoforte, 1612.

⁽⁶⁹⁾ Álvaro VALASCO, *Quaestionum juris Emphyteutici Liber Primus, sive Prima Pars*, Ulyssipone, apud Balthasarem Ribeiro, 1591; sucessivamente reimpresso: Lisboa, 1611; Francoforte, 1599 e 1618; Coimbra, 1628.

famosa ⁽⁷⁰⁾, só uma lição, de Diogo de Sá, em 1552 (*De primogenitura*), porventura porque a matéria não dispunha de nenhum capítulo a ela dedicada nas fontes romano-canónicas. Sobre matéria dotal, não aparece nenhuma lição, apesar de o tema ter sido explorado por Aires Pinhel no seu tratado sobre o regime de bens ⁽⁷¹⁾. Sobre matéria fiscal, apenas 3 lições (*De iure fiscali*, de um Dr. Pereira, 1582, e de Nuno da Costa, 1605), a que acrescem outras duas, de canonistas, sobre os dízimos (*De decimis*, de Sebastião de Sousa, 1602, e de Manuel Soares, s/d). Sobre o mundo rural, apenas umas poucas apostilas (*De incolis et ubi quis domicili*, *De fundis patrimonialibus*). Há uma meia dúzia de lições sobre um contrato muito comum, a compra e venda (*de emptione venditione*). Mas muito pouco sobre outros igualmente comuns, como o arrendamento de coisas ou de serviços (*De locato conductio*, 4 lições), nada sobre a troca (o título *De permutatione* das Decretais trata de outra coisa). Um contrato como o de sociedade, que anunciaria interesses « modernos », mas que não tinha uma « *sedis materiae* » nos *corpora iuris*, só aparece como tema de duas lições (*De societate*, de Pedro Simões, 1578; Luís Correia, 1591). Já as garantias contratuais (a fiança, *De fideiussoribus*, e o penhor e hipoteca, *De pignoribus*) e outros aspetos gerais dos contratos — nomeadamente, os efeitos da violência e da coação sobre os efeitos contratuais (*De his qui vi metusve causa fiunt*) — ocupam um maior número de lições.

Utilizando uma ferramenta estatística que permite visualizar a configuração de redes ⁽⁷²⁾, procurei obter um desenho da rede entre os vários temas, em função dos autores que os trataram e dos autores, em função dos temas tratados por cada um, chegamos aos dois gráficos seguintes.

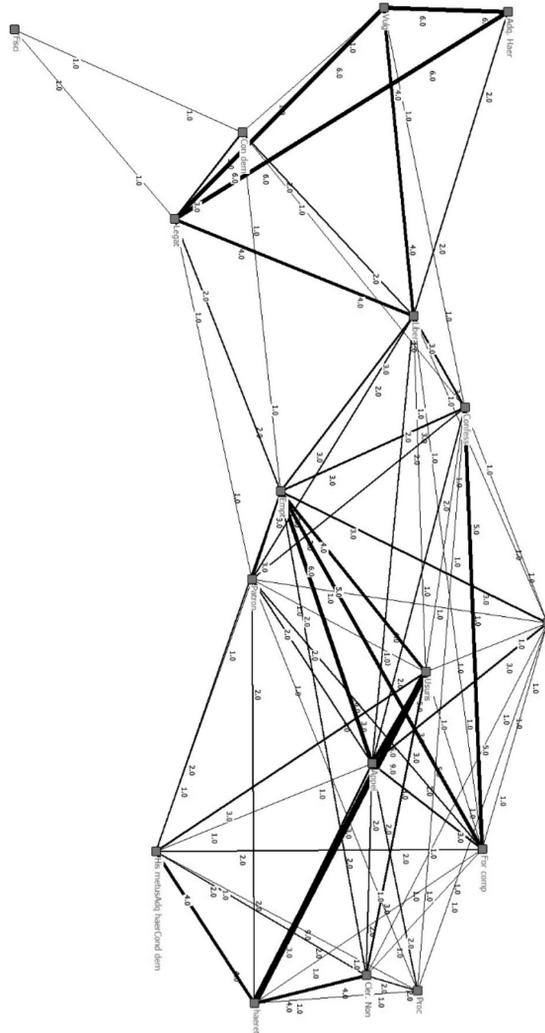
No primeiro, que estabelece a relação entre os temas, nota-se que os temas de direito sucessório (herança, substituições e legados)

⁽⁷⁰⁾ *De Hispanorum primogeniorum origine ac natura libri quatuor*, Coloniae, expensis Ioannis Baptista Ciotti Senensis, 1588.

⁽⁷¹⁾ *De bonis maternis Commentaria, quibus materiae successionis jura feliciter explicantur*, Conimbricae, apud Antonium Maris, 1557 (tem várias edições em Salamanca, Veneza, Francoforte e Antuérpia).

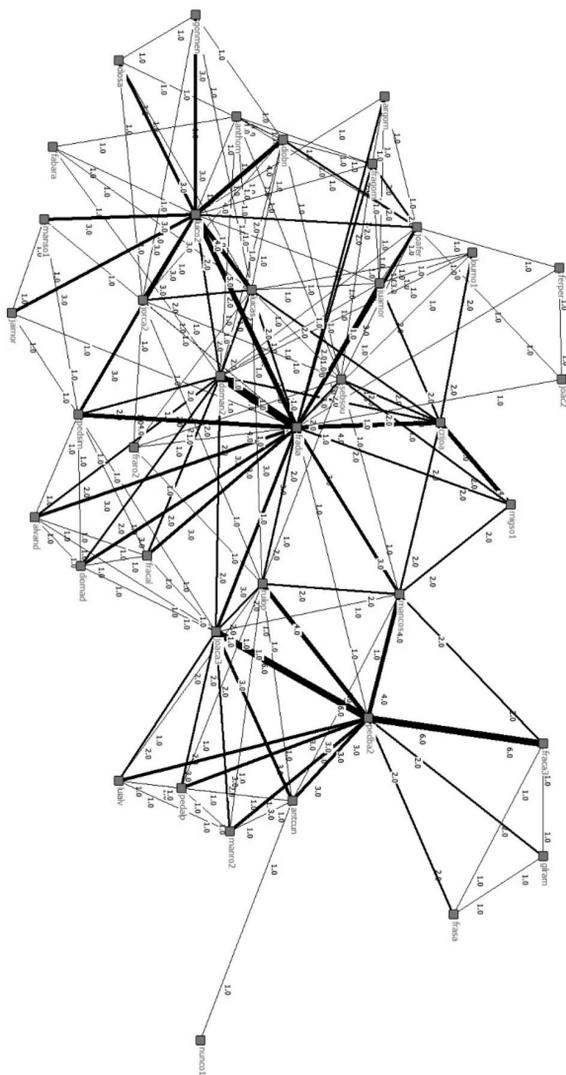
⁽⁷²⁾ S.P. BORGATTI, M.G. EVERETT, FREEMAN, *Ucinet for Windows: Software for Social Network Analysis*, Harvard, MA, Analytic Technologies, L.C., 2002.

e filiação (*liberis et posthumis*) se relacionam fortemente, em função dos autores que os tratam conjuntamente. Também se relacionam muito fortemente os temas da usura, hereges e coação, que suscitam interesse nas mesmas pessoas. O mesmo com os da confissão judicial e do foro competente. Enquanto alguns temas são singulares e sem grandes conexões: é o caso dos direitos do fisco.



Os quadrados azuis representam temas. A grossura das linhas entre eles representa o número de juristas que trataram cada par (o número aparece ao lado delas).

O segundo gráfico representa o agrupamento dos autores quanto aos temas que tratam.



Os quadrados azuis representam juristas. A grossura das linhas representa a frequência de temas comuns (o número aparece ao lado delas).

Nele se nota a centralidade de certos autores, em função dos temas sobre que leram. Desde logo, Luís Correia, Francisco Dias e Cristóvão João, que polarizam a constelação dos canonistas (à esquerda no gráfico). E, na constelação dos legistas — à direita no gráfico —, Pedro Barbosa, o polo central, em torno do qual se articulam Francisco Caldeira, Manuel da Costa, João de Carvalho, o legista, e António da Cunha. Um jurista isolado é Nuno da Costa Caldeira, o tal que trata dos direitos do fisco e mais outros dois temas pouco trabalhados por outros.

6. *Conclusão.*

Tudo o que se disse aponta para grande autonomia da lógica da produção textual universitária em relação a fatores de natureza social e política envolvente. Nem sequer é seguro que a seleção de temas obedecesse a modas partilhadas pelo mundo académico mais extenso, como o das obras impressas no cenário europeu, apesar de escritas numa língua que todos os académicos entendiam, o latim. Os critérios de seleção dos temas a ensinar parece obedecerem a uma lógica interna à esfera daquela instituição. Das tradições de escrita que aí existiam, do arquivo de textos manuscritos aí partilhados, dos mestres aí reconhecidos, das relações de patrocínio entre estes e os seus discípulos chegados à cátedra, que frequentemente levariam estes últimos a seguir as lições dos seus mestres, da complacência com as rotinas (e até com um certo desleixo académico) e do pouco apreço pela sua quebra. A inovação não era muito prezada, ao passo que o repisar de caminhos já batidos era um sinal apreciado de disciplina, de humildade e de respeito para com os mais velhos.

Estas cerca de 75 pessoas, que escrevem as cerca de 500 lições teriam decerto os seus gostos idiosincrasias. Marçal Casado Jácome também deixou escritas uma « Decimas a huma freira » ⁽⁷³⁾. E

(73) Ms. Bib. Publ. Évora, vol. II, cod. CXXX\1-17, fl. 169.

António Gomes, um lente rodeado de uma fama de desregramento sexual, também escreveu um tratado sobre a « ejaculação noturna ou diurna e a malícia da luxúria que se acha nos toques »⁽⁷⁴⁾. Como muitos outros escreviam poemas e composições literárias, que deixaram traços. Mas esta ilimitada originalidade individual nada podia contra as regras temáticas que governavam a produção académica na área do direito académico. Se se fizesse um estudo paralelo sobre a temática da literatura decisionista⁽⁷⁵⁾, o recorte da seleção temática seria porventura outro, pois, apesar da proximidade entre as duas esferas comunicativas — a do direito académico e a do direito dos tribunais letrados — ter-se-ão gerado universos de referências e arquivos textuais diferentes.

7. *Bibliografia citada.*

- História da Universidade em Portugal: 1537-1771*, 2 tomos, Universidade de Coimbra; Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- António BAIÃO, *Episódios dramáticos da Inquisição*, <https://archive.org/details/episodiosdram02baiuoft/page/n9>.
- António DE OLIVEIRA, *A vida económica e social de Coimbra de 1537 a 1640*, <http://hdl.handle.net/10316/639>.
- António José TEIXEIRA, *António Homem e a Inquisição*, Coimbra, s/l, 1895, https://digitalis.uc.pt/pt-pt/livro/ant%C3%B3nio_homem_e_inquisi%C3%A7ao.
- António V.S. SALDANHA, *O Doutor Manuel Rodrigues Navarro, jurista e cristão-novo*, em *Miscelânea histórica de Portugal*, Lisboa, Edi. Autores, 1983, pp. 117-123.
- Fernando TAVEIRA DA FONSECA, *Fontes históricas da Universidade Portuguesa*, <https://books.google.pt/books?id=jIghDAAAQBAJ>.
- Fernando TAVEIRA DA FONSECA, *Uma relação do estado da Universidade de Coimbra em 1691*, em « Revista Portuguesa de História », 24 (1990), pp. 227-271.
- Filippo RANIERI, *Juristische Literatur aus dem Ancien Regime und historische Literatursoziologie*, em *Aspekte europäischer Rechtsgeschichte: Festgabe für Helmut Coing zum 70. Geburtstag*, org. Christoph Bergfeld et al., Frankfurt, Klostermann, 1982, pp. 293-322.
- Francisco LEITÃO FERREIRA, *Alfabeto dos lentes* (ver <http://www.joaquimdecarvalho.org/artigos/artigo/204-Noticia-preliminar-ao-Alfabeto-dos-Lentes-da-insigne-Universidade-de-Coimbra-desde-1537-em-diante-de-Francisco-Leitao-Ferreira>).

(74) « Tractatus de pollutione diurna seu in vigilia et malitia luxuria in tactibus reperta », Ms. B.N.L., Cod. 6201, vol. 1.

(75) A que se tem dedicado Gustavo César CABRAL, *Literatura Jurídica na Idade Moderna: as decisiones no Reino de Portugal (séculos XVI e XVII)*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2017.

Francisco LEITÃO FERREIRA, *Notícias cronológicas da Universidade de Coimbra (1288-1537)*, Lisboa Occidental, J.A. Da Sylva, 1729.

Joaquim FERREIRA GOMES (org.), *Autos e diligências de inquirição. Contribuição para a história da Universidade de Coimbra no séc. XVII*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

Manuel Augusto RODRIGUES, *A Inquisição e o cabido da Sé de Coimbra (1580-1640)*, 1979, <https://core.ac.uk/download/pdf/144020473.pdf>.

Teófilo BRAGA, *Historia da universidade de Coimbra nas suas relações com a instrução publica portugueza*, Lisboa, Academia Real das Sciencias, 1892-1902.

8. Tabelas.

TABELA A. *Desdobramento de abreviaturas dos nomes.*

Nome	Código	Academia		
		De	Até	
Afonso Vaz	AFOVAZ	1544	1547	Leis
Agostinho Fernandes	AGOFER	1539	1542	Leis
Aires Gomes de Sá	AIRGOM	1550	1569	Cânones
Aires Nunes	AIRNUN	1555	1558	Cânones
Aires Pinhel	AIRPIN	1539	1561	Leis
Aires Pinhel Cabral	AIRPCA	1577	1580	Leis
Alvaro Andrade	ALVAND	1573	1576	Cânones
Álvaro do Quintal	ALVQUI	1539	1542	Cânones
Alvaro Lopes Moniz	ALVLOP	1587	1597	Leis
Alvaro Valasco	ALVVAL	1556	1580	Leis
António Cabral de Castelo-Branco	ANTCA1	1615	1618	Leis
António Campelo	ANTCPL	1542	1545	Cânones
António Carvalho	ANTCAR	1552	1555	Cânones
António Correia Sá	ANTCO5	1548	1551	Cânones
António da Cunha	ANTCUN	1591	1605	Leis

António de Abreu Coelho	ANTABR	1619	1622	Leis
António Homem	ANTHOM	1592	1619	Cânones
António Leitão Homem	ANTLEI	1629	1659	Cânones
António Lourenço	ANTLOU	1605	1632	Leis
António Mariz Pereira	ANTMA1	1613	1614	Leis
António Rodrigues	ANTRDR	1539	1542	Leis
António Salema	ANTSAL	1565	1570	Leis
António Soares	ANTSOO	1537	1545	Leis
António Vaz Cabaço	ANTVAZ	1565	1588	Leis
António Vaz Castelo	ANTCST	1546	1556	Leis
António Vaz Nunes	ANTVA1	1566	1569	Leis
António Viegas	ANTVIE	1611	1620	Leis
Ascanio Escoto	ASCESC	1547	1550	Leis
Ascenso Lopes	ASCLOP	1554	1557	Leis
Baltasar Fialho	BALFIA	1607	1610	Leis
Bartolomeu Filipe	BARFIL	1539	1556	Cânones
Belchior Cornejo	BELCOR	1550	1560	Cânones
Brás de Alvide	GRAALV	1539	1542	Cânones
Carlos Brandão Pereira	CARBRA	1589	1592	Leis
Cid de Almeida	CIDALM	1611	1617	Leis
Cosme Fernandes	COSFER	1544	1557	Leis
Cristovão de Azeredo	CRIAZE	1614	1620	Leis
Cristóvão Esteves de Alti	CRIALT	1550	1553	Leis
Cristovão João	CRIOJA	1571	1589	Cânones
Cristovão Mouzinho Castelo-	CRIMOU	1617	1626	Leis

Branco				
Dinis Filipe	DINFIL	1546	1549	Cânones
Diogo Brito Carvalho	DIOBRI	1589	1608	Cânones
Diogo da Fonseca	DIOFON	1560	1566	Leis
Diogo Lopes Pinheiro	DIOLO3	1554	1567	Cânones (só « vacações »)
Diogo Madeira	DIOMAD	1546	1549	Cânones (só « vacações »)
Diogo Mendes Godinho	DIOME3	1616	1639	Cânones
Domingos Antunes Abreu	DOMAN2	1591	1617	Cânones
Duarte Alvares de Abreu	DUAALV	1631	1640	Leis
Duarte Brandão	DUABRA	1616	1628	Cânones
Estevão da Fonseca	ESTFON	1617	1629	Leis
Estevão de Miranda	ESTMIR	1624	1627	Leis
Fabício Aragão	FABARA	1610	1621	Cânones
Félix Teixeira	FELTEI	1560	1566	Leis
Fernão Cerveira Raposo	FERCER	1554	1559	Leis
Francisco Baía Teixeira	FRABAI	1637	1664	Leis
Francisco Caldeira	FRACA3	1597	1632	Leis
Francisco Cardoso do Amaral	FRACA1	1631	1634	Leis
Francisco Casado de Carvalho	FRACAZ	1566	1570	Leis
Francisco Coelho	FRACOE	1537	1542	Cânones
Francisco de Andrade Leitão	FRAAND	1617	1620	Leis
Francisco de Leiria	FRALRI	1537	1542	Leis
Francisco de Mariz Lobo	FRAMAR	1539	1542	Leis

Francisco de Sá Sottomayor	FRASA	1589	1596	Leis
Francisco Dias	FRADIA	1585	1608	Cânones
Francisco Fernandes de Figueiredo	FRAFE1	1605	1610	Cânones
Francisco Gomes	FRAGOM	1623	1628	Cânones
Francisco Pereira	FRAPE2	1578	1593	Leis
Francisco Rebelo Azevedo	FRAREB	1578	1584	Cânones
Francisco Rodrigues Valadares	FRARO2	1623	1636	Cânones
Francisco Valasco Gouveia	FRAVA1	1607	1633	Cânones
Gabriel da Costa	GABCOS	1557	1579	Leis
Gaspar Barreto	GASBRT	1572	1575	Cânones
Gaspar de Figueiredo	GASFIG	1587	1594	Leis
Gaspar Homem Cardoso	GASHOM	1591	1600	Leis
Gaspar Pinto Fonseca	GASPIN	1623	1641	Leis
Gaspar Rodrigues Porto	GASROD	1638	1650	Cânones
Gil do Prado	GILDPR	1542	1548	Cânones
Gonçalo Alves Godinho	GONALV	1625	1651	Cânones
Gonçalo de Faria	GONFRI	1542	1545	Leis
Goncalo Gil Coelho	GONGIL	1571	1584	Leis
Gonçalo Mendes Vanconcelos Cabedo	GONMEN	1582	1590	Cânones
Gonçalo Rodrigues Santa Cruz	GONSTC	1539	1542	Leis
Gonçalo Vaz Pinto	GONVAZ	1537	1540	Leis
Heitor Borges	HEIBOR	1559	1567	Leis
Heitor Rodrigues	HEIROD	1543	1562	Leis

Heitor Simões	HEISIM	1567	1571	Leis
Isidoro de Torres	ISITOR	1538	1542	Leis
Jaime Morais	JAIMOR	1553	1568	Leis
Jerónimo da Silva de Azevedo	JERSI1	1634	1644	Leis
Jerónimo Gouveia Sampaio	JERGOU	1587	1591	Cânones
Jerónimo Pereira de Sá	JERPER	1556	1559	Leis
Jerónimo Pimenta Abreu	JERPIM	1601	1608	Leis
João Carneiro Morais	JOACA8	1637	1648	Letrado-Lente
João de Carvalho (canonista)	JOACA2	1627	1630	Leis
João de Carvalho (Legista)	JOACA3	1601	1643	Leis
João Dias	JOADIS	1544	1547	Leis
João Ferreira	JOAFER	1582	1587	Leis
João Gomes	JOAGOM1	1622	1656	Leis
João Gomes Leitão	JOALE2	1596	1600	Leis
João Mogrovejo	JUAMOR	1541	1565	Cânones
João Moreno	JUAMOR	1548	1452	Leis
João Pacheco	JOAPAC	1539	1542	Leis
João Pinheiro	JOAPI2	1608	1616	Leis
Jorge Amaral	JORAMA	1568	1573	Leis
Jorge Correia de Lacerda	JORCOL	1608	1609	Leis
Lopo da Corda	LOPCOR	1537	1540	Leis
Lopo de Barros	LOPBAR	1574	1580	Leis
Lourenço Mourão Homem	LOUMOU	1565	1578	Cânones
Luís Alarcão	LUIALA	1537	1550	Cânones

Luís Basto Brito	LUIBAS	1570	1584	Letrado-lente
Luís Correia	LUICO2	1568	1590	Cânones
Luís da Guarda	LUIGUA	1537	1540	Leis
Luís de Castro Pacheco	LUCAS	1554	1578	Cânones
Luís de Góis de Aragão	LUIGOI	1610	1613	Leis
Luís Delgado Abreu	LUIDEL	1623	1634	Leis
Luís Lopes de Carvalho	LUILCA	1574	1577	Leis
Luís Ribeiro de Leiva	LUIRIB	1602	1630	Cânones
Manuel Almeida Castelo Branco	MANALM	1635	1651	Cânones
Manuel da Costa	MANCOS	1539	1561	Leis
Manuel da Fonseca	MANFSC	1550	1553	Leis
Manuel de Aguiar	MANAGR	1556	1559	Leis
Manuel de Oliveira	MANOL2	1554	1557	Leis (só « vacações »)
Manuel de Sousa Pacheco	MANSOP	1563	1566	Leis
Manuel Francisco de Torneio	MFRTOR	1544	1562	Cânones
Manuel Rodrigues Navarro	MANRO4	1591	1626	Leis
Manuel Soares	MANSO1	1563	1584	Cânones
Manuel Teixeira de Mendonça	MANMEN	1610	1613	Cânones
Manuel Veloso	MANVEL	1537	1540	Leis Instituta
Marçal Casado Jácome	MARCAS	1622	1648	Leis
Martim de Azpilcueta Navarro	MARAZP	1542	1555	Cânones
Martim Salvador de Azpilcueta	MARAZ1	1558	1561	Cânones

Mateus Gomes de Lemos	MATGLE	1579	1587	Leis
Mendo Mota Carvalho Valadares	MENMOT	1590	1605	Leis
Miguel Barreira	MIGBAR	1588	1595	Leis
Miguel Maia	MIGMAI	1597	1603	Cânones
Miguel Soares Pereira	MIGSO1	1622	1625	Cânones
Nuno Costa Caldeira	NUNCO1	1601	1608	Leis
Nuno Fonseca Cabral	NUNFON	1600	1607	Leis
Pedro Barbosa	PEDBA2	1557	1577	Leis
Pedro de Alpoem Contador	PEDALP	1572	1581	Leis
Pedro Ribeiro Lago	PEDRIB	1635	1669	Cânones
Rafael Burgueira Aranha	RAFBUR	1631	1637	Leis
Rodrigo Álvares	RODALV	1539	1542	Leis
Rui Gomes Teixeira	RUIGOT	1541	1544	Leis
Rui Gonçalves	RUIGON	1541	1544	Leis
Rui Lopes	RUILO1	1539	1542	Leis
Rui Lopes da Veiga	RUILOP	1569	1595	Leis
Sebastião Bernardes	SEBBER	1539	1542	Leis
Sebastião da Guarda Fragoso	SEBGUA	1635	1665	Cânones
Sebastião de Sousa	SEBSOU	1588	1605	Cânones
Simão Miranda Henriques	SIMMIR	1546	1549	Leis
Tomás Henriques	TOMHEN	1560	1566	Leis
Vasco Ribeiro de Castelo Branco	VASCBR	1582	1589	Leis
Vicente Correia	VICCOR	1632	1644	Leis

TABELA B. *Apostilas. Temas e Autores.*

	Aut	Tema	Ano
C	ANTLEI	Ad Bratianum	1643
C	LUICO2	Allegatio pro D. Catarina	1579
C	CRJJOA	Allegatio pro D. Catarina	1580
C	FRADIA	De accusationibus, inquisitionibus et denuntiationibus	1589
C	LUICO2	De accusationibus, inquisitionibus et denuntiationibus	1596
C	LUICO2	De accusationibus, inquisitionibus et denuntiationibus	1597
C	MANALM	De accusationibus, inquisitionibus et denuntiationibus	1642
C	LUICAS	De accusationibus, inquisitionibus et denuntiationibus	
C	ANTHOM	De adulteriis et stupro	1590
C	GONALV	De adulteriis et stupro	1626
C	GONALV	De adulteriis et stupro	1627
C	FRAVA1	De alienatione iudicii mutandi causa	1610
C	LUICO2	De appellationibus	1578
C	LUICO2	De appellationibus	1580
C	FRADIA	De appellationibus	1601
C	FRADIA	De arbitris	1609
C	GONALV	De arbitris	1634
C	SEBGUA	De bello ac iure belli	1648
C	MANSO1	De causa possessionis	1584
C	ANTHOM	De causa possessionis	1597
C	ANTHOM	De causa possessionis	1615
C	FRADIA	De censibus	1606
C	FRADIA	De censibus	1607

C	MANSO1	De censuris	1571
C	ANTHOM	De censuris	1605
C	ANTHOM	De censuris	1606
C	LUCAS	De clandestina desponsatione	1554
C	ANTHOM	De clavium potestate	1596
C	ANTHOM	De clavium potestate	1598
C	ANTHOM	De clavium potestate	1605
C	LUICO2	De clericis non residentibus	1569
C	DOMAN2	De clericis non residentibus	1604
C	DIOBRI	De clericis non residentibus	1605
C	PEDRIB	De clericis non residentibus	1665
C	PEDRIB	De clericis conjugatis	1663
C	LUCAS	De clerico agrotante	
C	LUCAS	De coetivo	
C	LUICO2	De commodato	1570
C	ANTHOM	De commodato	1595
C	PEDRIB	De commodato	1633
C	LUCAS	De commodato	
C	ANTHOM	De concessione praebendae	1615
C	ANTHOM	De concessione praebendae	1619
C	LUIRIB	De concessione praebendae	
C	LUCAS	De conditionibus appositis	1554
C	SEBGUA	De conditionibus appositis	1640
C	SEBGUA	De conditionibus appositis	
C	FRADIA	De confessis	1585

C	CRIJOA	De confessis	1589
C	CRIJOA	De confessis	1593
C	CRIJOA	De confessis	1594
C	CRIJOA	De confessis	1599
C	GONALV	De confessis	1619
C	SEBSOU	De confessis	
C	FRADIA	De confirmatione utili et inutili	1603
C	DIOME3	De confirmatione utili et inutili	1627
C	GONALV	De confirmatione utili et inutili	1627
C	ANTHOM	De consanguinitate et affinitate	1596
C	DIOBRI	De consanguinitate et affinitate	1596
C	GONALV	De consanguinitate et affinitate	1623
C	LUCAS	De consanguinitate et affinitate	
C	MANSO1	De consecratione	1577
C	DIOBRI	De consecratione	1607
C	MANALM	De constitutionibus	1644
C	MANALM	De constitutionibus	1646
C	LUCAS	De constitutionibus	
C	MANSO1	De constitutionibus	
C	LUCAS	De consuetudine	1569
C	FRADIA	De consuetudine	1590
C	FRADIA	De consuetudine	1591
C	SEBGUA	De consuetudine	
C	DOMAN2	De conversione infidelium	1602
C	GONALV	De conversione infidelium	1622

C	LUICO2	De corpore vitiat	1567
C	LUICO2	De corpore vitiat	1568
C	SEBSOU	De decimis	1602
C	LUIRIB	De decimis	
C	SEBSOU	De deposito	1588
C	SEBGUA	De deposito	
C	LUICAS	De desponsatione impuberum	1554
C	CRIJOA	De dolo et contumacia	1578
C	DOMAN2	De dolo et contumacia	1602
C	DOMAN2	De donationibus inter virum et uxorem	1614
C	ANTHOM	De electione et electi potestate	1603
C	PEDRIB	De electione et electi potestate	1649
C	PEDRIB	De electione et electi potestate	1654
C	PEDRIB	De electione et electi potestate	1659
C	ANTLEI	De elemosina	1639
C	LUICO2	De emptione et venditione	1570
C	FRADIA	De emptione et venditione	1587
C	FRADIA	De emptione et venditione	1596
C	FRADIA	De emptione et venditione	1599
C	DOMAN2	De emptione et venditione	1621
C	JOACA2	De emptione et venditione	1623
C	LUICAS	De exceptionibus	1556
C	CRIJOA	De exceptionibus	1579
C	ANTHOM	De exceptionibus	1602
C	DOMAN2	De exceptionibus	1603

C	GONALV	De exceptionibus	1628
C	GONALV	De exceptionibus	1629
C	GONALV	De exceptionibus	1630
C	ANTHOM	De excessibus privilegiatorum	1612
C	ANTHOM	De excessibus privilegiatorum	1615
C	LUCAS	De extensione legis	
C	LUCAS	De fide instrumentorum	1576
C	LUCO2	De fide instrumentorum	1593
C	LUCO2	De fide instrumentorum	1595
C	LUCO2	De fide instrumentorum	1595
C	LUCO2	De fide instrumentorum	1596
C	CRIOA	De fide instrumentorum	1598
C	SEBSOU	De fideiussoribus	1589
C	FRAVA1	De fideiussoribus	1611
C	FRAVA1	De fideiussoribus	1612
C	FRAVA1	De fideiussoribus	1613
C	GONALV	De fideiussoribus	1641
C	GONALV	De fideiussoribus	1648
C	LUCAS	De foro competenti	1577
C	CRIOA	De foro competenti	1586
C	DOMAN2	De foro competenti	1600
C	FRADIA	De foro competenti	1610
C	PEDRIB	De foro competenti	
C	DOMAN2	De furtis	1594
C	LUCO2	De haereticis	1574

C	LUICO2	De haereticis	1595
C	DIOBRI	De haereticis	1600
C	LUICO2	De his qui vi metusve causa	1576
C	SEBSOU	De his qui vi metusve causa	1590
C	DOMAN2	De his qui vi metusve causa	1596
C	LUIRIB	De his qui vi metusve causa	1623
C	GONALV	De his qui vi metusve causa	1632
C	GONALV	De his qui vi metusve causa	1633
C	GONALV	De his qui vi metusve causa	1634
C	MANALM	De immunitate ecclesiarum quoad tuitionem delinquentium	1635
C	FRAVA1	De in integrum restitutione	1613
C	ANTHOM	De indulgentiis	1604
C	LUICAS	De institutionibus	
C	LUICO2	De integrum restitutione	1569
C	LUICAS	De iudiciis	1573
C	LUICAS	De iudiciis	1574
C	CRIOA	De iudiciis	1593
C	LUICO2	De iudiciis	1593
C	LUICO2	De iudiciis	1594
C	LUICO2	De iudiciis	1595
C	SEBGUA	De iudiciis	1635
C	GONALV	De iudiciis	1649
C	PEDRIB	De iudiciis	
C	LUICAS	De iure patronatus	1574

C	FRADIA	De iure patronatus	1589
C	SEBSOU	De iure patronatus	1600
C	SEBSOU	De iure patronatus	1601
C	FRADIA	De iureiurando	1592
C	FRADIA	De iureiurando	1593
C	FRADIA	De iureiurando	1601
C	DOMAN2	De iureiurando	1608
C	SEBGUA	De iureiurando	1625
C	MANSO1	De iureiurando	
C	FRADIA	De legibus	1595
C	FRADIA	De liberis et posthumis	1614
C	LUCAS	De litis contestatione	
C	LUCO2	De locatio conductio	1572
C	DOMAN2	De maiestate et obedientia	1603
C	LUIRIB	De novi operis nuntiatione	
C	MANSO1	De officio iudicis ordinarii	1581
C	MANSO1	De officio iudicis ordinarii	1582
C	MANSO1	De officio iudicis ordinarii	1585
C	FRADIA	De officio iudicis ordinarii	1601
C	LUCAS	De officio iudicis ordinarii	
C	LUCAS	De officio iudicis delegati	1572
C	LUCO2	De officio iudicis delegati	1578
C	LUCO2	De officio iudicis delegati	1587
C	LUCO2	De officio iudicis delegati	1588
C	LUCO2	De officio iudicis delegati	1589

C	FRADIA	De officio iudicis delegati	1598
C	FRAVA1	De officio iudicis delegati	1615
C	ANTHOM	De officio vicarii	1602
C	FRADIA	De ordine cognitionum	1598
C	LUIRIB	De ordinem cognitionum	1623
C	FRADIA	De pactis	1585
C	ANTHOM	De pactis	1595
C	ANTLEI	De pactis	1647
C	ANTLEI	De pactis	1649
C	MANSO1	De paenitentiae partibus	1573
C	SEBSOU	De paenitentiae partibus	1593
C	FRADIA	De paenitentiae partibus	1594
C	LUIRIB	De paenitentiae partibus	
C	LUIRIB	De peculio clericorum	
C	LUICO2	De pignoribus	1570
C	DOMAN2	De pignoribus	1595
C	GONALV	De pignoribus	1617
C	SEBGUA	De pignoribus	1653
C	SEBGUA	De pignoribus	1660
C	GONALV	De plus petitionibus	1622
C	DIOME3	De plus petitionibus	
C	SEBSOU	De poenis — Calumnia	1600
C	LUCAS	De poenis — Calumnia	
C	SEBSOU	De praebendis et dignitatibus	1590
C	SEBSOU	De praebendis et dignitatibus	1592

C	LUCAS	De praebendis et dignitatibus	
C	SEBGUA	De praebendis et dignitatibus	
C	ANTHOM	De praeceptis ecclesiasticis	1606
C	LUICO2	De praescriptionibus	1581
C	LUICO2	De praescriptionibus	1582
C	ANTHOM	De praescriptionibus	1600
C	FRADIA	De praescriptionibus	1607
C	DIOME3	De praescriptionibus	1622
C	GONALV	De praescriptionibus	1622
C	DIOME3	De praescriptionibus	1625
C	LUICO2	De precariis	1570
C	CRIJOA	De precariis	1577
C	LUICO2	De probationibus	1589
C	ANTLEI	De probationibus	1632
C	LUICO2	De procuratoribus	1569
C	DIOBRI	De procuratoribus	1593
C	SEBSOU	De procuratoribus	1593
C	ANTHOM	De procuratoribus	1594
C	SEBSOU	De procuratoribus	
C	LUCAS	De rebus ecclesiae non alienandis	
C	DOMAN2	De rebus ecclesiae non alienandis	1607
C	PEDRIB	De regularibus	1665
C	LUICO2	De regulis iuris	1572
C	SEBSOU	De regulis iuris	1574
C	FRAVA1	De regulis iuris	1619

C	LUCAS	De regulis iuris Cum sunt Partium	1552
C	ANTHOM	De regulis iuris Non debet	1597
C	ANTHOM	De regulis iuris Non debet	1598
C	MANSO1	De regulis iuris Non sine culpa	1564
C	LUICO2	De regulis iuris Possessor	1610
C	SEBSOU	De regulis iuris Possessor	
C	MANALM	De regulis iuris Quae contrarius fiunt	1640
C	MANALM	De regulis iuris Quae contrarius fiunt	1641
C	MANALM	De regulis iuris Quae contrarius fiunt	1642
C	ANTLEI	De regulis iuris Qui sentit onus	1631
C	ANTLEI	De regulis iuris Qui sentit onus	1633
C	ANTLEI	De regulis iuris Qui sentit onus	1636
C	ANTLEI	De regulis iuris Qui sentit onus	1637
C	DIOBRI	De regulis iuris Decet	1596
C	MANALM	De regulis iuris Estote	1616
C	SEBSOU	De regulis iuris — Quod quis mandato	1606
C	FRAVA1	De regulis iuris 46	1608
C	FRAVA1	De regulis iuris 54 Qui prior	1621
C	FRAVA1	De regulis iuris 70 Alternativis	1609
C	DOMAN2	De regulis iuris Accessorium	1605
C	SEBSOU	De regulis iuris pontifici	1594
C	PEDRIB	De regulis iuris Quod non est licitum	1641
C	SEBGUA	De renuntiatione	1633
C	DIOBRI	De renuntiatione	
C	FRADIA	De rerum permutatione	1589

C	FRADIA	De rerum permutatione	1590
C	SEBGUA	De rerum permutatione	1647
C	LUIRIB	De rerum permutatione	
C	LUICO2	De rescriptis	1578
C	LUICO2	De rescriptis	1592
C	MANALM	De rescriptis	1637
C	DIOBRI	De restitutione integrum	1605
C	DIOBRI	De restitutione integrum	1615
C	LUICO2	De restitutione spoliatorum	1585
C	MANSO1	De restitutione spoliatorum	1585
C	MANSO1	De restitutione spoliatorum	1586
C	DOMAN2	De restitutione spoliatorum	1605
C	ANTLEI	De restitutione spoliatorum	1644
C	ANTLEI	De restitutione spoliatorum	1648
C	SEBGUA	De ripuoribus	1654
C	CRIJOA	De sacramento matrimonii	1581
C	CRIJOA	De sacramento matrimonii	1582
C	SEBSOU	De sacrilegio et immunitate ecclesiarum	1592
C	SEBSOU	De sacrilegio et immunitate ecclesiarum	1593
C	ANTHOM	De scandalo	1607
C	LUCAS	De sententia et re iudicata	1555
C	LUICO2	De sententia et re iudicata	1571
C	CRIJOA	De sententia et re iudicata	1579
C	LUICO2	De sententia et re iudicata	1583
C	SEBSOU	De sententia et re iudicata	1605

C	SEBSOU	De sententia et re iudicata	1606
C	SEBGUA	De sententia et re iudicata	1641
C	SEBGUA	De sententia et re iudicata	
C	DIOME3	De sepulturis	1619
C	DIOBRI	De sepulturis	
C	LUCAS	De sepulturis	
C	LUICO2	De sequestratione possessionum	1572
C	CRIOA	De sequestratione possessionum	1578
C	DIOBRI	De sequestratione possessionum	1595
C	DIOBRI	De sequestratione possessionum	1597
C	PEDRIB	De sequestratione possessionum	1646
C	PEDRIB	De sequestratione possessionum	1647
C	SEBGUA	De sequestratione possessionum	
C	CRIOA	De simonia	1584
C	ANTLEI	De simonia	1643
C	ANTLEI	De simonia	1644
C	PEDRIB	De simonia	
C	LUICO2	De societate	1591
C	ANTHOM	De solutionibus et liberationibus	1595
C	ANTHOM	De solutionibus et liberationibus	1596
C	FRAVA1	De solutionibus et liberationibus	1608
C	FRAVA1	De solutionibus et liberationibus	1623
C	JOACA2	De solutionibus et liberationibus	1624
C	JOACA2	De solutionibus et liberationibus	1625
C	LUCAS	De sponsa duorum	

C	FRADIA	De successioneibus ab intestato	1590
C	SEBGUA	De successioneibus ab intestato	1660
C	SEBGUA	De successioneibus ab intestato	1665
C	SEBGUA	De successioneibus ab intestato	
C	CRIJOA	De supplenda diligentiam praelatorum	1559
C	CRIJOA	De supplenda diligentiam praelatorum	1579
C	LUIRIB	De supplenda diligentiam praelatorum	
C	ANTHOM	De temporibus ord.	1594
C	LUICAS	De testamentis	1576
C	CRIJOA	De testamentis	1581
C	CRIJOA	De testamentis	1589
C	FRADIA	De testamentis	1591
C	CRIJOA	De testamentis	1594
C	FRADIA	De testamentis	1603
C	DIOME3	De testamentis	1631
C	DIOME3	De testamentis	1643
C	LUICAS	De testibus et attestacionibus	1567
C	SEBSOU	De testibus et attestacionibus	1603
C	SEBSOU	De testibus et attestacionibus	1606
C	LUICO2	De usuris	1576
C	LUICO2	De usuris	1579
C	MANSO1	De usuris	1579
C	LUICO2	De usuris	1580
C	LUICO2	De usuris	1580
C	LUICO2	De usuris	1581

C	DIOBRI	De usuris	1600
C	FRADIA	De usuris	1612
C	PEDRIB	De verborum significacione	1639
C	PEDRIB	De verborum significacione	1665
C	PEDRIB	De verborum significacione	
C	MANSO1	De voto et voti redemptione	1569
C	DIOBRI	De voto et voti redemptione	1592
C	DOMAN2	De voto et voti redemptione	1611
C	LUCAS	De voto et voti redemptione	
C	LUIRIB	Duo sunt mala	
C	ANTHOM	His qui vi metusve causa	1590
C	SEBSOU	Ne sede vacante innovetur	
C	LUCAS	Ne sede vacante innovetur	1557
C	LUICO2	Ne sede vacante innovetur	1569
C	PEDRIB	Ne sede vacante innovetur	1658
C	PEDRIB	Ne sede vacante innovetur	1658
C	ANTLEI	Ne spoliatus sit	1644
C	PEDRIB	Omnes christianus	1682
C	JOACA2	Quando minores	1627
C	ANTHOM	Qui filii sint legitimi	1597
C	ANTHOM	Qui filii sint legitimi	1608
C	ANTHOM	Qui filii sint legitimi	1612
C	LUCAS	Si quis sacerdotum	1553
C	MANSO1	Te quidem oportet	1552
C	DOMAN2	Ut lite pendente	1600

C	LUCAS	Ut lite pendente nihil innovetur	1576
C	MANSO1	Utrum violentia repulsio dit naturalis	1577
L	RUILOP	Ad lex foemina	1588
L	PEDBA2	Ad senac Trebellianum	1570
L	MANRO4	Ad senac Trebellianum	1607
L	PEDBA2	Ad senac Trebellianum	1607
L	FRACA3	Ad senac Trebellianum	1620
L	MENMOT	Ad senac Trebellianum	
L	PEDBA2	De accusationibus, inquisitionibus et denuntiationibus	1565
L	RUILOP	De actionibus	1584
L	RUILOP	De actionibus	1588
L	MANRO4	De actionibus	1615
L	JOACA3	De adimendis legatis	1616
L	JOACA3	De adimendis legatis	1617
L	PEDBA2	De acquirenda hereditate	1567
L	RUILOP	De acquirenda hereditate	1591
L	ANTVAZ	De acquirenda hereditate	
L	MANCOS	De acquirenda hereditate	
L	MENMOT	De acquirenda vel amittenda possessionem	1602
L	MANRO4	De acquirenda vel amittenda possessionem	1625
L	ANTLOU	De agricolis et censitis	
L	MARCAS	De bonis vacantibus	1626
L	MARCAS	De bonis vacantibus	1627
L	JAIMOR	De cambiis	
L	ANTCUN	De capiendis et distrahendis pignoribus	1594

L	GASPIN	De castrense peculio	1630
L	JAIMOR	De causa possessionis	
L	RUILOP	De colatione inculcandum (Vésperas)	1584
L	MANCOS	De commodato	
L	MANCOS	De conditionibus et demonstrationibus	1551
L	PEDBA2	De conditionibus et demonstrationibus	1569
L	FRACA3	De conditionibus et demonstrationibus	1590
L	ANTLOU	De conditionibus et demonstrationibus	1618
L	ANTLOU	De conditionibus et demonstrationibus	1620
L	JOACA3	De conditionibus et demonstrationibus	1637
L	ANTCUN	De conditionibus et demonstrationibus	
L	ANTVAZ	De conditionibus et demonstrationibus	
L	MANRO4	De confessis	1603
L	FRACA3	De constituenda vel amittenda hereditate	1623
L	JAIMOR	De constitutionibus	1572
L	PEDBA2	De damno infecto	1551
L	MANCOS	De deposito	
L	JOACA3	De dignitatibus	1604
L	MANCOS	De dolo et contumacia	1570
L	MANCOS	De dolo et contumacia	1571
L	MARCAS	De duobus reis stipulandi	1636
L	MANCOS	De emptione et venditione	1570
L	MENMOT	De evictionibus	
L	ANTCUN	De exceptionibus	1585
L	ANTCUN	De exceptionibus	1598

L	FRAPE2	De familia erciscunda	1581
L	FRACA3	De fideiussoribus	1606
L	PEDBA2	De fluminibus	1557
L	PEDBA2	De fluminibus	1573
L	PEDBA2	De fluminibus	1574
L	MENMOT	De fundo patrimoniale	
L	PEDBA2	De haeredibus instituendis	1574
L	ANTVAZ	De haeredibus instituendis	
L	ANTCUN	De incolis et ubiquis domicilium habere dicatur	1593
L	ANTCUN	De iure fisci	1591
L	RUILOP	De iure patronatus	1580
L	JOACA3	De iure reipublicae	1604
L	ANTLOU	De iure reipublicae	
L	PEDBA2	De iureiurando	1594
L	PEDBA2	De legatis et fideicommissis	1565
L	PEDBA2	De legatis et fideicommissis	1572
L	PEDBA2	De legatis et fideicommissis	1573
L	RUILOP	De legatis et fideicommissis	1592
L	MANRO4	De legatis et fideicommissis	1615
L	MARCAS	De legatis et fideicommissis	1644
L	ANTCUN	De legatis et fideicommissis	
L	MANCOS	De liberis et posthumis	1548
L	PEDBA2	De liberis et posthumis	1565
L	MARCAS	De liberis et posthumis	1645
L	RUILOP	De liberis et posthumis	

L	MANCOS	De litigijs	
L	ANTCUN	De locatio conductio	1585
L	MARCAS	De locatio conductio	1632
L	MANCOS	De non numerata pecunia	1549
L	MARCAS	De novationibus et delegationibus	1627
L	MARCAS	De novationibus et delegationibus	1633
L	MARCAS	De obligationibus et actionibus	1639
L	JAIMOR	De officio iudicis ordinarii	
L	MANRO4	De pactis	1606
L	ANTLOU	De pactis	1621
L	ANTLOU	De pactis	1627
L	ANTCUN	De pactis inter emptorem et venditores	1589
L	RUILOP	De pignoribus	
L	MANCOS	De posthumis, Cb, 1552	1552
L	JAIMOR	De praebendis et dignitatibus	1570
L	MANCOS	De praebendis et dignitatibus	1570
L	MANCOS	De precariis	
L	MANCOS	De procuratoribus	
L	ANTCUN	De publicis iudiciis	1591
L	PEDBA2	De re iudicata	1563
L	MANRO4	De rebus creditis	1602
L	RUILOP	De rebus dubiis	1598
L	ANTLOU	De rebus dubiis	
L	MANCOS	De rebus ecclesiae non alienandis	1569
L	MENMOT	De regulis iuris	

L	RUILOP	De regulis iuris	
L	RUILOP	De regulis Iuris — L Negotiis,	
L	ANTLOU	De regulis iuris 23	1626
L	ANTLOU	De regulis iuris 59	
L	GASPIN	De reivindicacione	1625
L	JAIMOR	De rescriptis	1568
L	JAIMOR	De restitutione spoliatorum	1576
L	PEDBA2	De Sacrossanta Ecclesia	1554
L	FRACA3	De solutionibus et liberationibus	1606
L	PEDBA2	De soluto matrimonio	1568
L	GASPIN	De thesauris	1623
L	FRAPE2	De transactionibus	1588
L	FRAPE2	De usucapionibus et usurpatiotinibus	1592
L	ANTVAZ	De usucapionibus et usurpatiotinibus	1617
L	MANRO4	De usucapionibus et usurpatiotinibus	
L	JAIMOR	De usuris	
L	RUILOP	De verborum obligationibus	1581
L	MANRO4	De verborum obligationibus	
L	PEDBA2	De vulgari et pupillari substitutione	1566
L	PEDBA2	De vulgari et pupillari substitutione	1573
L	FRACA3	De vulgari et pupillari substitutione	1608
L	FRACA3	De vulgari et pupillari substitutione	1609
L	ANTVAZ	De vulgari et pupillari substitutione	
L	MANCOS	De vulgari et pupillari substitutione	
L	MARCAS	Qui bonis cedere possunt C,7,71	1623

L	MARCAS	Qui bonis cedere possunt C,7,71	1627
L	MANRO4	Si certum petatur	1602
L	JOACA3	Si certum petatur	1609
L	PEDBA2	Si de vectigalibus	1574
L	MANCOS	Si pater testamentis, Salamanca, 1569	1569

Testimonianze

MAURIZIO FIORAVANTI

LA PRESENZA DELLA SPAGNA
NELLA STORIA COSTITUZIONALE EUROPEA
RICORDO DI JOAQUÍN VARELA

La nota che segue rappresenta l'avvio in forme del tutto preliminari di un discorso sulla storia costituzionale europea, che sappia avvalersi del contributo essenziale della Spagna. È questa una via appena abbozzata, ma che oggi si rende più che mai necessaria a causa della prematura scomparsa di Joaquín Varela, che di questo discorso storico-costituzionale sulla Spagna e sull'Europa era stato a mio avviso nel tempo dato a partire dalla Costituzione democratica del 1978, e fino ad oggi, forse — per quanto mi riguarda senza « forse » — il principale protagonista ⁽¹⁾.

Per avviare con Lui un discorso di storia costituzionale europea conviene prendere un brano che sta nel corpo centrale della premessa ad una delle monografie più rilevanti di Varela, concernente il dibattito costituzionale in Inghilterra dopo la *Glorious Revolution*, e fino all'affermarsi della figura del Premier, lungo una via che conduce al fondarsi della funzione di governo nella volontà popolare, ed al parallelo disseccarsi della figura del Re quale necessaria presenza istituzionale nell'ambito della medesima funzione di governo ⁽²⁾.

⁽¹⁾ L'ultima volta che ho visto Varela è stato al Seminario che tenni a Bilbao nel mese di Aprile del 2016. Lui venne in macchina non previsto, ma ovviamente graditissimo, anche da parte dei Colleghi della Università ospitante. Per me fu una sorpresa dal valore straordinario, dal momento che sapevo che Lui veniva come sempre per discutere. E così fu anche quella volta. Il tema che avevo scelto era la pensabilità del concetto di « Costituzione democratica », con riferimento alla realtà europea del Novecento. Ricordo che continuammo a discutere anche la sera, e che Lui mostrò una straordinaria vigoria intellettuale, controbattendo punto per punto, nelle parti del mio lavoro che non lo convincevano. A questa immagine di Joaquín, forte e combattivo, scolpita nella mia memoria, è dedicata la breve nota che segue.

⁽²⁾ Si tratta di J. VARELA, *Governo e partiti nel pensiero britannico (1690-1832)*, Biblioteca per la storia del pensiero giuridico moderno 73, Milano, Giuffrè, 2007 (tr. it. del volume edito dal Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002).

Ecco dunque a questo proposito la brillante sintesi di Varela:

Questo dibattito era fortemente condizionato dal modo in cui la realtà costituzionale era concepita. Gli Autori che identificavano la realtà costituzionale con l'insieme delle norme giuridiche, scritte o meno, che formavano la 'Costituzione formale' della Gran Bretagna, si mantennero fedeli alla dottrina della monarchia 'mista' ed 'equilibrata' e non si occuparono di partiti politici se non per farne oggetto di accusa, perché considerati una riedizione delle vecchie fazioni. Al contrario, quegli Autori che, al di là delle norme giuridiche e persino al di sopra di quelle, dettero importanza alle consuetudini costituzionali, in altre parole alla 'Costituzione materiale', si fecero sostenitori della monarchia parlamentare e, oltre a distinguere tra fazioni e partiti politici, concepirono questi ultimi come il frutto inevitabile del pluralismo sociale, e per certi versi addirittura come una delle premesse fondamentali dello Stato costituzionale.

In questo brano, Varela cerca con esemplare chiarezza di offrire al costituzionalista di oggi uno spazio d'indagine, che facendo ricorso alla storia — nel caso che abbiamo di fronte con riferimento specifico al processo di trasformazione della monarchia costituzionale in parlamentare nell'Inghilterra dei decenni successivi alla emanazione del *Bill of Rights* — tenti di aprire la scienza del diritto costituzionale alla considerazione degli strati più profondi della società, dove si possono reperire le idee di base ed i principi fondamentali, attorno ai quali il popolo, o la nazione sovrana, trovano una ragione di esistenza come comunità politiche, un principio dunque di unità politica, ma nello stesso tempo modi diversi d'interpretazione e di realizzazione di quel principio, cui corrispondono i moderni partiti politici, non più fazioni, proprio perché storicamente nati per ricostruire quelle comunità politiche in senso unitario, come organica espressione della sovranità della nazione, o della volontà del popolo sovrano, a seconda del diverso tipo di costituzionalismo che si professi, più orientato in senso moderato e liberale, o radicale e democratico; ma neppure in modo armonico ed indolore necessariamente agenti per il « bene comune ». Infatti, per il maggiore teorico di questa svolta, che è certamente Costantino Mortati, il partito politico diviene rilevante ed efficace nel perseguire la sua missione costruttiva di unità proprio quando sembra fare il contrario, in effetti operando nel senso della differenziazione, della rappresentanza di una pluralità di presenze sociali e politiche che spesso si pongono l'una contro l'altra anche in senso radicale, ben difficilmente riconducibile ad unità, o anche solo ad una comune prospettiva ⁽³⁾.

⁽³⁾ È questa la realtà, complessa e difficoltosa, che si stabilisce nel corso del Novecento tra i due lati del partito politico: da un lato candidati a svolgere vere e proprie funzioni di diritto pubblico, ed a costruire realtà in cui fosse prevalente l'aspetto del « bene comune », dall'altro pienamente parti, l'una opposta all'altra. In questo senso è

Ecco dunque come dalla impostazione di Varela escano fuori due modi d'intendere il problema costituzionale nella storia europea tra tarda età medievale e piena età moderna: da una parte, quello che vuole che la costituzione venga principalmente intesa come un insieme di patti, di preferenza scritti, che servono ad organizzare e limitare i poteri su un determinato territorio, ad iniziare dal maggiore, quello monarchico, rimanendo quindi fedeli alla tradizione medievale della costituzione « mista » o « equilibrata », e per questo primo profilo la costituzione « materiale » non può essere altro che quell'ordine oggettivo delle cose, in senso pienamente medievale, che complessivamente limita i poteri pubblici; dall'altra parte si tenta invece di andare oltre, verso un'altra costituzione « materiale », per pervenire così a scoprire che l'antica monarchia costituzionale è ormai divenuta parlamentare, sulla base di precisi rapporti di forza che non possono più essere ignorati, e che sono favorevoli al Premier, come maggioranza nel Paese e di conseguenza nel parlamento. Su quest'ultima linea, sono i partiti politici ad entrare imperiosamente nel recinto del diritto costituzionale, perché senza partiti non si ha, dal punto di vista della dottrina costituzionale democratica, alcuna possibilità di elaborare l'indirizzo costituzionale o fondamentale, e dunque rimarrebbe vuota, in questo caso, la casella della costituzione materiale entro cui avrebbe dovuto lavorare il partito politico per scoprire, su un piano più elevato della semplice maggioranza politica, quali siano i principi primi fondanti il regime democratico.

Abbiamo dunque, da una parte la sicurezza che possono offrire i patti scritti, con i quali si consolidano le posizioni di potere che già esistono sul territorio, compresi i limiti ad essi attribuiti, e dall'altra la tensione che la costituzione esprime verso il futuro della « società giusta », che è in essa medesima disegnata, e che troverà il suo apice nelle Costituzioni democratiche del Novecento, come l'italiana del 1948 o la spagnola del 1978. Questi due lati della storia costituzionale europea — che altrove abbiamo chiamato « garanzia » e « indirizzo » — sono insieme presenti nell'opera del nostro Autore, che li deriva dal Suo Maestro Ignacio De Otto, che a Sua volta li aveva reperiti in una certa lettura di Hans Kelsen. È infatti in quella lettura che si ritrova in seguito una certa concezione del principio di legalità, certo esaltato, ma pur sempre nei limiti di un potere autorizzato dalla Costituzione, poiché è di questa, e non della legge, che si ricerca il primato tra le fonti di diritto.

Bene ha fatto perciò il nostro Autore a porre all'inizio del Suo contributo, scritto in onore del Maestro, una frase di De Otto contenuta

stato decisivo l'insegnamento di Mortati. Cfr. M. GREGORIO, *Parte totale. Dottrine costituzionali del partito politico in Italia tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2013.

nella Sua opera maggiore dedicata alle fonti, che è la seguente (mia tr. in it.):

Il concetto di sovranità, motore della costruzione dello Stato costituzionale e fondamento della supremazia della propria Costituzione, deve interamente mettersi da parte, quando si tratta di esaminare il proprio ordine costituzionale esistente, perché la nozione stessa di Costituzione come norma suprema è incompatibile in modo radicale con il riconoscimento di una sovranità. Se la Costituzione è norma che s'impone a qualsivoglia potere, che assoggetta a norme l'intero processo di creazione del diritto, ne deriva che dove hai Costituzione non puoi avere alcun sovrano o alcuna sovranità che non sia quella della Costituzione medesima, e ne deriva inoltre che l'idea che una norma giuridica riconosce e regola un potere assoluto, è in se medesima contraddittoria (Ignacio DE OTTO, *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, Barcelona, Ariel, 1987; sta in: J. VARELA, *Algunas reflexiones sobre la soberanía popular en la Constitución española*, in *Estudios de Derecho Público en Homenaje a Ignacio de Otto*, Oviedo, 1993, p. 39).

Ecco dunque come un giurista spagnolo, all'inizio degli anni Novanta del secolo scorso, legge Kelsen, nel senso di una statualità tutt'altro che chiusa, per niente fondativa di primati, come quello della volontà generale in Francia, e che in sostanza si depersonifica per risolversi nella unica sovranità ancora possibile, che era quella della Costituzione come suprema norma giuridica. Sottoporre la legislazione ordinaria alla Costituzione significava dunque — per De Otto, che lo insegnava a Varela — in sostanza negare l'esistenza di un qualsivoglia potere nella costruzione del quale fosse presente un processo di personificazione originario precedente la Costituzione medesima. Insomma, per De Otto, e per il Nostro Varela, non era più il tempo del principio monarchico precedente quello costituzionale, e in direzione opposta non era più il tempo del popolo sovrano inteso in senso totalizzante, come se fosse una sorta di forza assoluta e primigenia. Per dirla in modo semplice, né Hobbes, né Rousseau potevano essere usati per l'interpretazione e per la messa in opera delle Costituzioni democratiche del Novecento.

Per leggere correttamente quelle Costituzioni, si doveva superare una linea, al di là della quale non aveva più senso domandarsi chi era il sovrano, né aveva più senso quella visione dello Stato come centro che assorbe ogni energia posta sul territorio, individuando così un unico soggetto sovrano che poi irradiava quella medesima energia in modo uniforme alla periferia. La nascita dello stato moderno non era cioè frutto di un processo ascendente in modo uniforme ed unilineare. Al contrario, quel processo era dato da fasi diverse e discontinue, risolvendosi in un panorama complesso, entro cui era difficile praticare una lettura coerentemente weberiana, alla ricerca cioè di condizioni sempre più razionali ed istituzionali del governo del territorio, o anche una lettura in nome del principio di sovranità come forza portatrice, quasi

per sua « natura », di crescente uniformità e razionalità. Questa dunque la via che De Otto indicava a Varela.

Il nostro Autore l'ha percorsa con forza e decisione, per oltre venticinque anni, con un incessante lavoro di combinazione e confronto, o magari anche decisa opposizione, tra modelli costituzionali: da una parte quello francese della Rivoluzione, che in omaggio al dominante metodo razionalistico iniziava la demolizione dell'antico regime dall'alto, dai diritti naturali individuali, e sul piano politico dal contratto sociale, ovvero dalla percezione di una società composta da singoli individui, liberi ed uguali, che si accordano per far nascere la comune autorità politica; dall'altra il modello inglese, con le sue profonde radici medievali, che tendevano ad estendersi anche sul terreno del tempo nuovo della modernità.

Varela conosce bene questi due modelli. Li ha studiati in profondità e li ha posti in antitesi dialettica fino dal suo primo lavoro, dedicato alla teoria dello Stato presente nelle diverse parti di cui si componeva il soggetto costituente a Cadice ⁽⁴⁾. E li ha ripresi di nuovo nel più rilevante tra i suoi ultimi studi. Ci riferiamo a *La monarquía doceañista (1810-1837). Avatares, encomios y denuestos de una extraña forma de gobierno*, Madrid, Marcial Pons Historia, 2013, che raccoglie numerosi saggi pubblicati da Varela nel corso degli anni, straordinariamente compatti nel porre il problema della forma di governo di Cadice, come elemento cardine nella ricostruzione complessiva della esperienza costituzionale spagnola in età moderna e contemporanea. Tutti sappiamo che Cadice non poteva essere né rivoluzionaria nel senso della grande Rivoluzione, né così monarchica e conservatrice da essere replica sul Continente del modello inglese ⁽⁵⁾, soprattutto perché in quella situazione non si poteva più eludere la domanda sulla titolarità della « direzione politica dello Stato », che in Cadice non poteva essere ancora, anche solo in parte, nelle mani del Re. Che poi in molte situazioni nel corso del diciannovesimo secolo, e perfino nel secolo successivo, rimanga più o meno forte l'influenza regia, nella formazione del governo, o nella decisione di sciogliere le Camere, è circostanza di fatto assai ricorrente, ma che non verte sulla titolarità dei rispettivi poteri, che non possono più essere qualificati come monarchici.

Di fronte a tutto questo, la posizione di Varela è chiara. Intanto, egli non crede affatto che nello Stato di diritto in Europa tra Otto e Novecento, vi possano essere posizioni di potere illimitate. Ciò gli è impedito dalla sua matrice kelseniana, che lo conduce a qualificare ogni

⁽⁴⁾ J. VARELA, *La Teoría del Estado en los orígenes del constitucionalismo hispánico (Les Cortes de Cádiz)*, Madrid, 1983 (seconda edizione, con titolo lievemente diverso, Madrid, 2011).

⁽⁵⁾ Abbiamo più diffusamente trattato questo punto recensendo in « Quaderni fiorentini », 43 (2014) il volume di Varela del 2013 *supra cit.* nel testo.

potere come competenza, cioè come esercizio discrezionale di potere giuridicamente regolato. Ciò vale anche per il legislatore, anche se è chiaro che in un regime democratico la riduzione a mera competenza della funzione legislativa è comunque problematica. Dunque, il fatto che il nostro Autore insista assai sulla derivazione della Costituente di Cadice dai sommi principi della Rivoluzione non ne fa uno « statualista », né più in genere si può sostenere che tali siano tutti coloro che per garantire al meglio i diritti, sostengono la forza e l'autorità della legge dello Stato.

Insomma, essere positivisti, e proclamare che il primo oggetto di studio del giurista di diritto pubblico è la legge dello Stato, non significa essere necessariamente portatori di un punto di vista autoritario o — come oggi si dice — legicentrico. Anzi, proprio in Spagna, a fronte di una lunghissima tradizione di tipo storicistico, certamente portatrice anche di più solide garanzie a favore dei diritti, secondo l'originario modello britannico esisteva anche uno storicismo schiettamente conservatore, funzionale a preservare il buon diritto antico — *Das alte gute Recht* — ovvero il diritto proprio e specifico di una società organizzata secondo moduli gerarchici e fondata in senso corporativo. Invocare la forza della legge statale come veicolo di uniformazione e di uguaglianza, contro quel tipo di storicismo, non è dunque l'inizio di una deriva in senso autoritario, ma rappresenta piuttosto il tentativo dei liberali spagnoli di guardare alla Francia come il Paese delle dichiarazioni dei diritti, e delle garanzie dei diritti.

Varela ricerca, ed intende anche valorizzare, la presenza in Spagna di uno storicismo di stampo liberale, che possa collocarsi accanto, e non contro, la cultura dei diritti di stampo più schiettamente giusnaturalistico proveniente dalla Francia. Qui iniziano però i problemi. Infatti, Cadice, pur non essendo repubblicana, non può neppure considerarsi monarchica nel senso proprio del modello inglese, che era il modello in tutta Europa di una forte cultura dei diritti, associata però necessariamente all'opzione a favore della monarchia costituzionale, e dunque al principio del *King in Parliament*, del Re come necessaria terza volontà costitutiva della legge d'Inghilterra, ed ancora dello stesso Re come portatore del necessario carattere istituzionale dell'esecutivo, che in sua assenza sarebbe divenuto una semplice sommatoria di seggi parlamentari, come tale di natura integralmente politica. Insomma, non si poteva a Cadice ricostruire un'identità storica collettiva di stampo liberale, a favore di una forte cultura dei diritti, senza l'adesione al modello della monarchia costituzionale: in una parola, non si poteva volere l'una senza l'altra, una forte cultura storicistica dei diritti senza quella opzione monarchica.

Infine, bisogna tener presente il fatto che Cadice porta una data troppo precoce rispetto ai successivi mutamenti strutturali che condurranno la monarchia costituzionale come forma di Stato e governo ad essere superata dalla monarchia parlamentare, con l'emersione del

Premier, destinato ad esautorare il Re in quasi tutti i suoi poteri, iniziando da quello più delicato, ovvero il potere di scioglimento del Parlamento. Su questa via si formò il governo parlamentare, ma più avanti nel tempo, quando vennero a maturazione i partiti politici come soggetti costituzionali. Insomma, Cadice venne troppo tardi per essere luogo di riforma della monarchia costituzionale, e troppo presto per essere luogo di fondazione della monarchia parlamentare. Fu così, in questa terra di nessuno, che i Costituenti di Cadice finirono per rivolgersi alla Costituzione francese del 1791. In quella Costituzione si conservava infatti il Re, ma senza che gli fossero concessi poteri rilevanti. Era questo che i Costituenti di Cadice ricercavano.

Ed infatti le soluzioni delle due Costituzioni erano praticamente uguali su tutti i nodi del diritto pubblico di quel tempo storico: parlamento monocamerale; norme sulle incompatibilità dei deputati chiaramente operanti nel senso d'inibire l'avvento del governo parlamentare; esclusione del Re dalla partecipazione al procedimento di legislazione ordinaria, riducendo il suo veto ad un atto avente effetti meramente sospensivi; ed infine esclusione del Re medesimo dal procedimento di revisione costituzionale. Non importa ora ripetere ancora una volta che tutte queste norme, ed altre ancora, assumevano diverso significato a seconda del diverso momento storico, che poteva essere letto in modo diverso prevalendo come in Spagna culture di carattere storicistico, o come in Francia culture rivoluzionarie di stampo giusnaturalistico e contrattualistico.

Due parole di conclusione. Com'è noto, alla fine del diciannovesimo secolo in Spagna non si ebbe, in seno alla scienza del diritto pubblico, la stessa evoluzione che caratterizzò i principali Paesi europei. I nomi dei protagonisti di questa svolta, che tolse dal limbo indeterminato e nebuloso delle scienze della società lo studio del diritto pubblico, sono pure a tutti noti: Vittorio Emanuele Orlando e Santi Romano per l'Italia, Paul Laband e Carl Friedrich von Gerber per la Germania, Raymond Carré de Malberg per la Francia, Albert Venn Dicey per l'Inghilterra. Si tratta ovviamente di regimi politici assai diversi: basti prendere da una parte una Repubblica, la terza, in Francia, e dall'altra il principio monarchico, ancora ben vivo in Germania, ma anche una monarchia come quella inglese, per quanto però sempre più esautorata dalla figura dominante del Premier, che riportava nel cuore del sistema costituzionale la questione della democrazia, ovvero della decisione del popolo sovrano sulla scelta dell'indirizzo politico di maggioranza, che è poi quello destinato a governare il Paese. Anche l'Italia, infine, è parte di questo mutamento, attraverso la recezione del modello tedesco.

E la Spagna? ⁽⁶⁾ In Spagna rimase dominante il pensiero, e il metodo, che erano racchiusi nella tradizione del *Derecho Político*, con Adolfo Posada ⁽⁷⁾. Non è ora questa la sede giusta per valutare il significato di questa differenza tra la Spagna e tutti gli altri Stati nazionali europei. Sul punto sono comunque presenti diversi orientamenti. Quello prevalente vede nella mancata costituzione di un autonomo spazio per il diritto pubblico all'interno del grande campo delle scienze giuridiche la manifestazione della debolezza del liberalismo spagnolo. Non a caso la Costituzione di Cadice non è preceduta da alcuna Dichiarazione dei diritti. Insomma, in questa linea Cadice non riesce a pensare il diritto pubblico come « vero » diritto che come tale è destinato ad incidere nei rapporti tra i consociati, e tra questi e i poteri pubblici. Per questo stesso motivo, non sarebbe mai stata necessaria, e del resto neppure possibile, una dogmatica del diritto pubblico costruita su autentici principi costituzionali, intesi come principi giuridici, ad imitazione del diritto privato.

I conti conclusivi si fecero poi con la Costituzione del 1876 ⁽⁸⁾. Sul punto, così si è espresso Tomás y Valiente, per l'appunto a proposito della lunga vigenza di questa Costituzione: « Durò, ma non servì per organizzare lo Stato, riconoscere i diritti, strutturare la nazione come società politica sovrana, a dare pacifico ingresso alle nascenti esigenze della democrazia » (mia tr. it.), cit. in VARELA, *El derecho político en Adolfo Posada*, cit. *supra*, nota 6. Ma allora, se le cose così stanno, se il *Derecho político*, tra Otto e Novecento, serve in Spagna, in ultima analisi, ad esprimere il ruolo decisivo delle scienze dello Stato, tra le quali anche il diritto pubblico, ma mai in posizione dominante, bisogna concludere nel senso che i giuspubblicisti spagnoli non facevano altro che rispondere al problema che era presente in tutta Europa, che era, in una parola, quello della normatività, della Costituzione, ed in particolare dei suoi principi. Tra le molte realtà conviene per una volta citare il caso italiano, che negli anni Cinquanta, in particolare con la prima sentenza della Corte Costituzionale, del 1956, rappresenta certamente un punto a favore nel processo di acquisizione dei principi fondamentali al campo della normatività. In definitiva, tutte le Costituzioni vigenti alla fine del diciannovesimo secolo portavano in sé il

⁽⁶⁾ Cfr. sul punto anche J. VARELA, *Que ocurrió con la ciencia del Derecho Constitucional en la España del siglo XIX?*, in « Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario », 1997, 9, pp. 71-128.

⁽⁷⁾ Varela si misurò a lungo con Adolfo Posada e la tradizione del « Diritto Politico ». Cfr. J. VARELA, *El Derecho político en Adolfo Posada*, in « Revista Jurídica de Asturias », 1999, 23; ed ancora ID., *La trayectoria intelectual y política de Adolfo Posada (1860-1944)*, in *Siete Maestros del Derecho Político Español*, a cura di J. Varela, Madrid, 2015, pp. 95-114.

⁽⁸⁾ Cfr. anche J. VARELA, *La Constitución del 1876*, Madrid, 2013.

germe che le conduceva ad essere sentite come mera *loi politique*, e dunque non come autentiche norme giuridiche. La questione sottostante al *Derecho político* spagnolo non era allora molto diversa dallo Statuto albertino italiano, o dalle Leggi costituzionali della Terza Repubblica in Francia. Quel che conta è che in tutti questi Paesi le norme costituzionali erano rivolte ai poteri pubblici, e mai o quasi mai direttamente ai cittadini. E dunque che il *Derecho* fosse *Político* era questione europea, e certo non solo spagnola.

Un'ultima considerazione. Varela definisce *extraña* la forma di governo di Cadice. Penso e credo che questa qualità consista nella impossibilità di qualificare quella forma di governo secondo modelli storicamente dati e riconosciuti. Varela con grande prudenza non ne deduce nulla, e si limita a constatare. Ed allora diciamo noi quello che secondo noi Lui stesso avrebbe prima o poi detto. E chiudiamo con una domanda: e se ad essere *extraños* fossero i modelli costituzionali da cui tutti noi — ed anche Varela — abbiamo preso le mosse? Se ad essere *extraña* fosse la mirabile costruzione del parlamento inglese, o magari la Rivoluzione stessa? Per essere più precisi: non sarà che Francia e Inghilterra, considerati come i Paesi guida della storia costituzionale europea, l'una come punto alto della Rivoluzione che introduce al mondo nuovo dei diritti individuali, e l'altra come Paese nel quale si concretizzano al meglio le garanzie della libertà personale, con le loro radici, che spesso si espandono indietro nel tempo fino al pieno Medioevo; non sarà che questi due Paesi rappresentano — proprio loro due — le vere anomalie nella storia costituzionale europea, l'uno che pretendeva di cancellare tutta la società di antico regime, e l'altro che pretendeva di rileggere tutto il passato alla luce del presente, e dei suoi bisogni di garanzia. Rileggiamo allora cosa dice Varela: « L'affermazione del potere costituente della nazione non doveva presupporre necessariamente una rottura con la storia, come avevano fatto i rivoluzionari francesi, ma nello stesso tempo, e in ugual misura, non era possibile ritenere che la soggezione alla storia potesse impedire l'esercizio del potere costituente della nazione, come sostenevano i realisti ». Ma allora è lì probabilmente, in quel punto di equilibrio tra potere costituente e storia, che si può e si deve continuare a ricercare. Ed è lì — per riprendere il nostro titolo — che nella storia costituzionale d'Europa è particolarmente presente la Spagna.

Letture

Cultura giuridica e letteratura nella costruzione europea, a cura di Orlando Roselli, Napoli, Editoriale scientifica italiana, 2018, pp. 376.

Tempi bui per l'Europa, mai come oggi messa in discussione nelle sue fondamenta e legittimità. E tempi bui per la scienza giuridica italiana, la più dogmaticamente europeista del Continente che pare avere smarrito d'incanto la fede. Sì perché invece della *levée en masse* a tutela dell'idolo di un tempo, essa ha offerto lo spettacolo di un *ralliement en masse* al nuovo corso, sotto forma di passività rassegnata o di infervorate adesioni esplicite. Eppure è la stessa dottrina che fino a ieri torceva le fonti domestiche pur di accomodarvi quelle comunitarie di cui il primato non era assunto ma presunto. Come? Dall'integrazione europea quale destino manifesto alla regressione statal-nazionalista e: nulla da rilevare? Non si era detto forse che lo stato nazionale apparteneva all'antiquaria ottocentesca e che la sovranità era un idolo consegnato per il sollievo dei più al campo della storiografia intellettuale? A quanto sembra le convinzioni non erano così granitiche se non hanno suscitato alcuna mobilitazione allorché sono state messe radicalmente in discussione. Ancorché il *bandwagoning* non rappresenti sicuramente un inedito nazionale, resta il fatto che l'Europa meritava almeno una difesa d'ufficio.

Difficile allora immaginare un contesto più appropriato che serva da opportuna introduzione al volume di cui mi accingo a parlare. La cui attualità risiede proprio nella tempestiva utilità di rinverdire le radici dello sbiadito credo europeista adottando l'originale prospettiva del prisma letterario. Un'operazione che è condotta senza nessuna concessione a sentimentalismi ed emotività, bensì con uno sguardo scientifico che non rifugge affatto dalla critica severa. Ciò che basterebbe di per sé ad accreditare questo sforzo corale come un importante punto di riferimento nel panorama della riflessione sul tormentato destino del nostro Continente.

Non stupisce pertanto che l'*ouverture* sia intonata da un Paul Valéry molto abrasivo con la sua celebre caustica domanda: « L'Europe deviendra-t-elle *ce qu'elle est en réalité*, c'est-à-dire: un petit cap du continent asiatique? ». Domanda pertinente visto che le identità collettive non sono date ma costruite attraverso complessi processi culturali. Una constatazione che spinge alla ribalta proprio la politica della

memoria perseguita in Europa per fornire il Continente di una propria soggettività civile e culturale. Oriente, Occidente: ecco il primo spartiacque nel quale ci imbattiamo, dove i due poli vengono decisamente allontanati dalla mancata condivisione comune dell'eredità greco-romana-cristiana. Pietra angolare questa su cui si costruisce l'identità europea fino alla caduta del Muro di Berlino che ripropone con forza la plausibilità della dissociazione o meglio, contrapposizione: ha ancora senso? No, non lo ha e non a caso al topos dell'eredità greco-romana-cristiana si sostituisce quello assai più unificante della lotta ai totalitarismi al plurale, dove nazionalsocialismo e stalinismo vengono abbracciati con un solo sguardo. Strategia legittimante indubbiamente presente, ma anche lacunosa nella misura in cui manca clamorosamente all'appello tutto il capitolo del colonialismo e della tratta degli schiavi, pudicamente omesso attraverso non la politica della memoria ma tramite il suo opposto, quella dell'oblio. E non solo. Nella gigantesca « elaborazione del lutto » per il peccato originale dell'annichilazione dei diritti, fa passare in secondo piano la grande epopea positiva delle lotte per i diritti che dovrebbero essere — ma non sono — al centro della politica della memoria, denunciando un grave difetto di progettualità.

Donde quindi la natura di costante *work in progress* del lavoro sull'identità e l'utilità della chiave letteraria per recuperare quello che è andato perduto nell'itinerario. A cominciare dalla dimensione umanistica della scienza giuridica, iscritta nella semantica stessa del vocabolario greco e poi alimentata fino alle soglie dell'età contemporanea da una costante osmosi tra letteratura e diritto, esperienza venuta a finire con il prepotente affermarsi del positivismo giuridico. La prova? Nel Decamerone di Boccaccio viene declinata nella trama della narrazione la tensione tra la norma, sia essa giuridica, religiosa o sociale, e le leggi della natura, ossia le esigenze del corpo e delle passioni. E non solo: senza accedere a una traslazione di concetti contemporanei a una realtà indisponibile a riceverli, sembra affiorare una dialettica tra i poteri costituiti, disgregati dalla peste, e il potere costituente della libera associazione degli individui che creano dal nulla una inedita forma di autorità. Divertimento letterario? Niente affatto. Poiché dalle pieghe del testo laico si sprigionano lezioni ad alto contenuto semantico per la dimensione giuridica. Ne è ulteriore testimonianza Kafka, con la sua impietosa dissacrazione della burocrazia. Un genere letterario che spinge le sue propaggini fino ad Orwell e Huxley. Del resto, non è vero forse che nella costruzione giuridica europea la convivenza del cittadino con il distante moloch burocratico rappresenta una costante? Il diritto amministrativo europeo, e il suo principale artefice — la sfuggente burocrazia comunitaria — trova un contrappunto possente in questa decostruzione della retorica efficientista tipica della narrazione legittimante del potere impersonale. La voce della letteratura è indispensabile d'altronde anche per sciogliere i nodi della identità europea rappresentata come « unità nella diversità ». Cosa significa? L'identità come

processo interculturale è nozione insoddisfacente: non svela nulla sulla sostanza ontologica che dovrebbe sorreggere questa impegnativa asserzione. Sommatoria delle pluralità? Mera aspirazione? Una risposta è quella di schiudere la ricerca alla ricostruzione delle radici. Altra voce è quella di chi predica piuttosto l'apertura ai valori cosmopoliti della società multiculturale. Il dilemma non può essere risolto certo dall'ermeneutica giuridica. Occorre chiamare in soccorso un'imponente mobilitazione culturale, necessaria anche per superare lo stallo tra modello federalista e integrazione comunitaria. Tanto più ciò è indispensabile per la ingombrante presenza dello Stato che continua a mediare tra individui e Bruxelles gli itinerari di senso e la stessa normatività. Sarebbe fin troppo facile aderire al racconto federalista dei padri fondatori per liquidare lo Stato come un ingombro da rimuovere. Invece è un dato di fatto che questa entità — lo Stato appunto — continua ad essere un catalizzatore di significati e di appartenenze. Piuttosto vale la pena guardare a un altro fenomeno degno di nota. Ossia la creazione dal basso di uno *ius commune* europeo il quale silenziosamente si fa strada tra le maglie del diritto statale che schiude senza clamore a una dimensione sovranazionale.

Tiriamo le somme di questo possente esercizio intellettuale condotto sotto la guida sapiente di Orlando Roselli. Ecco: il metodo e il percorso sono additati: un ritorno della scienza giuridica alle origini di una osmosi con quel discorso culturale di cui deve essere parte integrale. Ancora: il tenace perseguimento dell'integrazione degli ordinamenti giuridici secondo uno schema collaudato di successo. Infine: il ruolo da protagonista della scienza giuridica nel rilancio del processo di integrazione europea, con una piena consapevolezza dei traguardi raggiunti, ma anche senza concessioni rispetto alle sue evidenti inadeguatezze. Il tutto scevro da qualsivoglia forma di trionfalismo o propensione alla teleologia, poiché il percorso è da costruire e l'esito non è scontato.

STEFANO MANNONI

Les défis de la représentation. Langages, pratiques et figuration du gouvernement, sous la direction de Manuela Albertone et Dario Castiglione, Paris, Classiques Garnier, 2018, pp. 454.

Riaprire il grande file della storia della rappresentanza con gli occhi al presente, per domandarsi se il nostro tempo sia davvero testimone di una 'crisi' epocale delle istituzioni corrispondenti o se invece esso stia solo assistendo ad una delle tante metamorfosi che questa pratica di governo ha sperimentato nel corso dei secoli: questo

l'interrogativo di fondo che tiene insieme l'impresa collettiva consegnata al volume che qui recensiamo. Frutto di una ricerca collettiva preparata da due seminari tenutisi nel corso del 2016, rispettivamente a Parigi e a Torino, esso raccoglie diciassette saggi di autori di diversa formazione e provenienza — soprattutto storici delle idee, delle istituzioni e della società, ma anche politologi, filosofi e giuristi —, tutti impegnati a illuminare vari aspetti e momenti del percorso lungo il quale si è formato ciò che oggi per lo più definiamo democrazia rappresentativa.

In sé, beninteso, il progetto non è nuovo. Esso riflette anzi una sensibilità ormai da tempo radicata tra molti specialisti a vario titolo interessati a riflettere sui mutamenti delle forme politiche contemporanee (basti solo richiamare il celebre volume con cui nel 1995 un politologo come Bernard Manin ha avvertito il bisogno di tornare a tessere le fila di una storia risalente addirittura alla Grecia classica per rintracciare le ragioni remote della nostra democrazia elettorale e delle sue — reali o apparenti — difficoltà di funzionamento ⁽¹⁾). Da allora in poi, molti sono stati gli scienziati politici che hanno battuto analoghi sentieri; e così pure non pochi gli storici che, stimolati a loro volta dalla sensazione di vivere in una specie d'incombente crepuscolo della rappresentanza classica, hanno maturato un'attenzione nuova per il lungo sviluppo di quest'ultima, cercando di rintracciare in quel passato non più la conferma di un destino manifesto, ma le dinamiche specifiche che hanno condotto a privilegiare proprio quella formula politica su tutte le altre. Se questo è però il clima complessivo in cui il nostro volume s'inserisce, esso si segnala almeno per due tratti indubbiamente originali. Il primo è il suo già ricordato carattere interdisciplinare, che permette di collocare il nostro tema in una prospettiva non più circoscritta alla storia del pensiero politico, ma ben aperta (è il titolo stesso a marcarlo) a quella dimensione delle pratiche e dei linguaggi che risulta essenziale per cogliere il *proprium* di un'esperienza collettiva costruita in primo luogo attorno ad una varietà di tentativi e di sperimentazioni empiriche. Il secondo tratto, per noi ancor più qualificante, è costituito dal tentativo di ordinare gli apporti dei vari contributori lungo un itinerario che si dipana dalla fine del medioevo fino alla postmodernità e nel quale si comincia a scorgere il profilo di quella nuova storia complessiva della rappresentanza, affrancata da ogni teleologismo, di cui da alcuni anni si stanno cercando di gettare le basi.

Troppo numerosi ed eterogenei sono i saggi raccolti nell'opera per poterne qui affrontare un esame particolareggiato. Ci soffermeremo perciò soltanto sull'ultimo aspetto ora richiamato — cioè sul generale disegno evolutivo della storia della rappresentanza che sembra emergere dal volume e sulle sue scansioni interne; e ciò per provare a capire

(1) B. MANIN, *Principes du gouvernement représentatif*, Paris, Flammarion, 1995.

meglio a quale stadio di avanzamento, per così dire, si trovi il cantiere di quella ‘nuova storia’ del governo rappresentativo alla quale molti specialisti stanno oggi, in un modo o nell’altro, prestando il loro contributo.

Il libro si apre intanto con una sezione dedicata al tardo medioevo e alla prima età moderna. La sua stessa presenza testimonia di una consapevolezza ormai del tutto acquisita — che, cioè, la vicenda della rappresentanza affonda le sue radici in un patrimonio simbolico-concettuale infinitamente più risalente rispetto ai confini della modernità. In particolare, i due contributi di questo primo capitolo, rispettivamente dovuti a Olivier Christin ⁽²⁾ (che ha firmato, qualche anno fa, il libro probabilmente ad oggi più interessante sui vari impieghi della rappresentanza elettorale nella prima età moderna ⁽³⁾) e a Thomas Maissen ⁽⁴⁾, tornano a esplorare alcune figure profonde del linguaggio della rappresentanza (come quella, tipicamente, del matrimonio tra il principe e la repubblica, quale momento genetico del vincolo organistico tra rappresentante e rappresentato) e che resteranno alla base di tutto il percorso successivo del nostro concetto. È anche vero, peraltro, che il contributo dell’età premoderna alla costruzione di una cultura della rappresentanza non si esaurisce certo sul piano delle figurazioni e delle metafore. Proprio come ha dimostrato il volume di Christin ora ricordato, infatti, quel contributo investe in pieno anche il versante delle tecniche istituzionali e delle pratiche effettive di governo (se c’è anzi, nell’ambito del ‘cantiere’ di studi di cui ci stiamo occupando, un fronte storiografico che in questi ultimi anni ha dato prova di spiccata vivacità, esso sembra essere costituito proprio dalla storia delle città, delle organizzazioni corporate, delle assemblee cetuali e dei sistemi di governo del mondo comunitario in genere, di cui si è venuti via via riscoprendo l’incredibile ricchezza ⁽⁵⁾). Tutto ciò non solo s’inserisce a pieno titolo nella storia che stiamo provando a costruire, ma di essa costituisce, per così dire, il primo, grande quadro sistemico, della cui presenza è indispensabile tener conto se vogliamo attribuire un senso qualsiasi alle fasi successive.

⁽²⁾ O. CHRISTIN, *Portraits, emblèmes, arbres. Faire voir le régime mixte au XVI^e siècle*, pp. 15-36.

⁽³⁾ O. CHRISTIN, *Vox populi. Une histoire du vote avant le suffrage universel*, Paris, Le Seuil, 2014.

⁽⁴⁾ T. MAISSEN, *Le défi de la représentation. Les personifications nationales dans l’Europe moderne*, pp. 37-74.

⁽⁵⁾ Per citare solo due tra gli ultimi prodotti di questo genere di letteratura, cfr. *Consensus et représentation*, sous la dir. de J.Ph. Genet, D. Le Page, O. Mattéoni, Paris-Rome, Sorbonne-École française de Rome, 2017; *Cultures of voting in pre-modern Europe*, ed. by S. Ferente, L. Kuncevic, M. Pattenden, London-New York, Routledge, 2018.

La seconda tappa del nostro percorso corrisponde alla fondazione concettuale della rappresentanza moderna ad opera della cultura giuococontrattualista: passaggio che avviene in stretta simbiosi con la messa in campo della nuova concezione della sovranità, e che anzi di quest'ultima costituisce in buona misura la faccia rovescia. Due saggi, rispettivamente di Michel Troper e di Robin Douglass, illuminano tale decisivo tornante. Il primo sottolinea come l'apparizione del sovrano nella nuova veste di rappresentante unitario della comunità statale avvenga contestualmente al primo profilarsi di un impianto gerarchico delle fonti del diritto per l'avanti del tutto sconosciuto e che rende ora indispensabile rafforzare la legittimazione dell'organo di vertice dell'ordinamento presentandolo come colui che parla ed agisce a nome di tutta la collettività dei sudditi (6); mentre il secondo s'impegna in una esegesi critica dei testi di Hobbes per ricostruire come sia venuta in essi maturando, per la prima volta, la nozione fondamentale di quel consenso-autorizzazione destinata a presiedere fino ai nostri giorni alla economia elementare della rappresentanza moderna (7). Quantomeno sul piano della storia intellettuale, quindi, il pieno Seicento si conferma come il momento decisivo in cui il concetto della rappresentanza inizia ad affacciarsi oltre gli ambiti che le erano stati propri in origine, quali quelli delle figurazioni retoriche del potere o delle pratiche del governo corporato, per trasformarsi in un dispositivo di legittimazione universale, atto a meglio giustificare l'esercizio di qualunque autorità entro il nuovo orizzonte individualista che l'età moderna viene poco a poco rivelando a se stessa. A partire da questo momento, il riferimento alla rappresentanza diviene un argomento teorico funzionale a dar corpo e sostanza ad un potere che non può più essere tale se non in quanto rappresentativo della volontà di tutti i membri del corpo sociale.

Il terzo step corrisponde al momento in cui questo stesso argomento si cala dal livello dei 'discorsi' e delle rappresentazioni simboliche in quello delle concrete pratiche istituzionali. Ciò accade in momenti diversi del tempo — in Inghilterra già nel corso del Seicento, in America in corrispondenza della rivoluzione delle tredici colonie, nel continente europeo a partire dalla Rivoluzione dell'89 —, ma sempre ubbidendo ad una stessa dinamica. Come sottolinea efficacemente Pasquale Pasquino in un saggio collocato nella parte finale del volume (8), tale dinamica trova il suo momento culminante nella simbiosi che essa realizza tra la nozione di rappresentanza e la tecnologia elettorale. Se da molti secoli, infatti, molti segmenti della vecchia Europa avevano maturato una buona domestichezza con le procedure di voto, variamente presenti nell'esperienza degli ordinamenti cittadini,

(6) M. TROPER, *Souveraineté et représentation*, pp. 75-90.

(7) R. DOUGLASS, *Hobbes sur la représentation et la souveraineté*, pp. 91-114.

(8) P. PASQUINO, *Généalogie du concept de représentation*, pp. 369-382.

degli enti religiosi e delle corporazioni in genere, è solo verso la fine dell'età moderna che il metodo elettorale comincia a presentarsi come ciò che in definitiva continua ad essere ancor oggi — un meccanismo senza alternative per trasferire ai governanti quel potere che solo il popolo, indicato adesso come unico titolare originario della sovranità, può trasmettere ad altri. Si tratta di uno snodo che la storiografia, tradizionalmente più attratta dagli aspetti teorici della nostra vicenda, ha in passato sottostimato, ma che, come già rilevava Bernard Manin nel suo già citato volume del 1995, non ha in sé niente di ovvio. Se le rivoluzioni di fine Settecento, in effetti, marcarono ovunque un plateale « trionfo del voto », e se certamente già ben prima della loro esplosione una parte cospicua dell'Europa *éclairée* era giunta a stabilire una connessione implicita tra la tecnica elettorale e la figura del sovrano come « persona repraesentativa », ancor oggi non è facile capire quali siano stati esattamente i canali lungo i quali prese forma questa specie di nuovo senso comune collettivo. Il nostro volume non affronta ex professo la questione, ma nelle sue tre sezioni centrali, dedicate tutte al pieno e tardo Settecento, offre tuttavia parecchi saggi che illuminano variamente questo snodo (anche se privilegiando a un tal punto il versante francese della vicenda da togliere qualsiasi spazio ad altre esperienze occidentali, che pure avrebbero potuto fornire un contributo certo non minore alla comprensione di questo passaggio). Théophile Pénigaud de Mourgues e Christophe Salvat, per esempio, rivisitano la ben nota critica di Rousseau al governo rappresentativo di marca britannica in una prospettiva decisamente opposta a quella di chi ha voluto vedere nel ginevrino un anticipatore della cosiddetta democrazia diretta, per ricollocarne invece la posizione nel contesto di un Settecento delle piccole patrie ancora gravido di molti futuri possibili ⁽⁹⁾. Al contrario, Pasquale Pasquino, nel contributo già richiamato, ricostruisce il percorso che conduce il Sieyès dell'89, partendo da Hobbes e passando per gli economisti scozzesi, a produrre la prima, lucidissima teoria di un governo rappresentativo a base elettorale dopo che la riconvocazione degli Stati generali ha mostrato le straordinarie potenzialità insite nel meccanismo della delega rappresentativa. Mentre Manuela Albertone si concentra sulla esperienza partecipativa dei distretti elettorali parigini tra 1789 e 1790 per mostrare come il principale vettore di trasformazione politica sia stato qui la pratica elettorale medesima — pratica che innescò immediatamente una mobilitazione permanente da parte degli elettori stessi e che sfociò alla fine nella produzione spontanea, da parte loro, di una vera e propria costituzione

(9) T. PÉNIGAUD DE MOURGUES, C. SALVAT, *Représenter la volonté générale. Rousseau et son héritage paradoxal*, pp. 115-140.

cittadina dalle forti assonanze americane ⁽¹⁰⁾. L'impressione che si ricava da questi contributi è che la 'rappresentanza dei moderni' nasca soprattutto sul piano dell'esperienza, tramite una sperimentazione istituzionale innescata e spinta poderosamente avanti dalla crisi rivoluzionaria stessa. Quella sperimentazione, certo, mise ben presto in ombra i profili tecnico-istituzionali del nostro istituto, cominciando subito ad indicare il vero rappresentante della nazione in chiunque fosse capace di parlare ed agire concretamente in nome del popolo (lo mostra, per tutti, il contributo di Antonino De Francesco, nel cogliere come la rivoluzione tenda ad eliminare del tutto lo iato tra la dimensione del « vivre » e quella del « représenter la souveraineté » ⁽¹¹⁾). Resta il fatto che il diritto di voto costituisce ormai una sorta di marcatore del nuovo cittadino, un segno di riconoscimento fondamentale del suo nuovo status di soggetto indipendente ed autonomo — come ci confermano, pur da diverse prospettive, i tre saggi del nostro volume dedicati appunto ad esplorare il nesso *représentation-citoyenneté* sempre nel corso del periodo rivoluzionario, rispettivamente dovuti a Pierre Serna ⁽¹²⁾, Anne Verjus ⁽¹³⁾ e Cecilia Canino ⁽¹⁴⁾.

L'Ottocento — luogo storico del radicarsi del governo rappresentativo in ogni angolo dell'Occidente — si offre ovviamente come un campo d'infinito interesse per chiunque intenda proseguire l'esplorazione avviata nel corso delle pagine precedenti. Forse proprio in ragione, però, dell'incontenibile varietà di esperienze e di culture della rappresentanza che proliferano nel corso di questo secolo, i curatori hanno scelto di focalizzarsi qui su un unico profilo, che marca però una novità qualitativa assoluta rispetto agli orizzonti del liberalismo classico — quello, cioè, della « représentation sociale ». I due contributi di Ludovic Frobert ⁽¹⁵⁾ e di Marie Lauricella, dedicati entrambi a studiare le forme germinali di organizzazione dei lavoratori nella prima metà del secolo, registrano in effetti i primi tentativi di dare visibilità rappresentativa a interessi diversi da quelli del cittadino come soggetto generale, lasciando così intravedere tutto il vastissimo scenario che sarà occupato,

⁽¹⁰⁾ M. ALBERTONE, *L'apprentissage de la démocratie représentative à Paris. Brissot, Condorcet et la constitution municipale (1789-1790)*, pp. 297-222.

⁽¹¹⁾ A. DE FRANCESCO, *Après la chute des Girondins. Vivre et représenter la souveraineté dans les villes fédérées*, pp. 223-243.

⁽¹²⁾ P. SERNA, *Comment se représenter soi-même? Pour une histoire politique des constitutions de 1791, 1793, 1795*, pp. 245-273.

⁽¹³⁾ A. VERJUS, *La masculinité de la représentation. Un genre viril?*, pp. 273-286.

⁽¹⁴⁾ C. CANINO, *Le "bon citoyen". La représentation de la citoyenneté pendant le Triennio révolutionnaire italien*, pp. 287-313.

⁽¹⁵⁾ L. FROBERT, *La représentation entre l'industriel et le politique. Le cas des Frères Leroux*, pp. 315-344.

nel corso del secolo successivo, dalla cosiddetta rappresentanza degli interessi.

L'ultima sezione del volume, infine, si focalizza sulle « métamorphoses » di carattere concettuale a cui la nozione di rappresentanza è andata incontro nel corso di tutta la sua storia moderno-contemporanea; e ciò proponendo tre saggi di notevole utilità orientativa. Nel primo di essi, già richiamato di sopra, Pasquale Pasquino, volgendosi « en politiste » al lungo svolgersi della vicenda dal Seicento ad oggi, la vede scandita in tre momenti fondamentali — l'invenzione del concetto di rappresentanza da parte di Hobbes, la relazione tra rappresentanza ed elezioni istituita dal liberalismo settecentesco e l'indebolirsi di questo stesso legame registratosi nell'ultimo mezzo secolo. Se la fine della seconda guerra mondiale, in effetti, è sembrata marcare il trionfo definitivo della democrazia rappresentativa, essa per un altro verso ha avviato un progressivo superamento dell'idea che la legittimazione dei governanti debba derivare per forza da un mandato elettorale. L'esperienza ha mostrato infatti la necessità di mettere al riparo un numero crescente d'interessi sociali dal dominio di una politica « partigiana » sempre più succube della ricerca di un consenso immediato spesso assolutamente irrazionale. Di qui, la creazione o il rafforzamento di tutta una serie di autorità di garanzia non immediatamente elettive di cui le Corti costituzionali, sulle quali il nostro saggio si concentra, sono solo uno degli esempi (dalle banche centrali alle *independent authorities* al ruolo sempre più pervasivo svolto dai capi di Stato parlamentari, lo scenario dei nostri giorni ci presenta un catalogo infinito di poteri vecchi e nuovi sempre più operanti in un regime di marcata autonomia rispetto ad ogni investitura popolare diretta). È possibile riconoscere anche a tutti questi centri la titolarità di una funzione a suo modo rappresentativa o si deve piuttosto ammettere che ci siamo ormai lasciati alle spalle l'età aurea del governo rappresentativo, per dirigere la prua verso un nuovo ed in gran parte ancora ignoto orizzonte costituzionale? Attorno a questo genere di questioni orbita anche il secondo saggio della nostra sezione, nel quale Pierre Brunet ricostruisce il grande dibattito nel corso del quale la dottrina giuridica tedesca a cavallo tra la fine del Reich guglielmino e l'esperienza weimariana si interrogò con singolare consapevolezza su quali fossero i caratteri essenziali della rappresentanza moderna ⁽¹⁶⁾. Per quanto ormai da noi lontanissimo, quello straordinario momento intellettuale ci ripropone in qualche modo le stesse alternative che riaffiorano nel nostro presente. Fino a che punto il binomio rappresentanza-elezione costituisce un legato indisponibile del passato? E in che misura, anzi, quel passato stesso, invece che elaborare un concetto univoco di

(16) P. BRUNET, *Représentation et Staatslehre. Entre incarnation et fiction*, pp. 383-410.

rappresentanza, si è limitato ad intrecciare ambiguamente tra loro figure profondamente discordanti, come per esempio il *Repräsentieren* e il *Vertreten* — la rappresentanza istituzionale alla Hobbes, cioè, e quella rigidamente procuratoria costantemente vagheggiata, a partire dal Seicento inglese, da tutti i movimenti democratico-radicali dell'Occidente? È proprio su alcune di queste ambiguità strutturali del concetto, infine, che richiama l'attenzione Dario Castiglione nel saggio conclusivo del volume ⁽¹⁷⁾: il quale, esaminando la relazione tra rappresentanza e forma di governo, si chiede se davvero l'avvento del governo rappresentativo, proclamando il principio della necessaria unità della sovranità popolare, abbia spazzato via una volta per tutte l'antico modello della costituzione mista o non ne abbia piuttosto tenuto a battesimo — proprio come sostenuto da Bernard Manin — una versione aggiornata. Invece che giustapporre *demos* e *aristoi*, infatti, il nuovo schema ordinativo del potere punterebbe a fare dei secondi i rappresentanti del primo: riconoscendo quindi la loro piena autonomia rispetto a quest'ultimo, ma lasciando anche al popolo un continuo controllo sul loro operato, anzitutto mediante la costante minaccia di una non-rielezione.

L'impressione, alla fine, è quella di un volume prezioso, ricco di stimoli e di suggestioni. Il suo limite sta forse proprio nella sovrabbondanza delle proposte ricostruttive che le sue pagine ci propongono: il che però, lungi dal costituire un difetto, è un tratto tipico delle fasi di crescita e di sviluppo del dibattito storiografico.

LUCA MANNORI

Diritto: storia e comparazione. Nuovi propositi per un binomio antico, Massimo Brutti, Alessandro Somma (eds.), Berlin, Max Planck Institute for European Legal History, 2018, pp. 595.

Este libro, que siguió al seminario con el mismo título que se celebró en la Universidad de Ferrara durante los días 7 y 8 de octubre del año 2016, busca profundizar — por medio de veinticinco contribuciones de estudiosos de la historia del derecho y del derecho comparado — la clásica relación entre comparación jurídica e historia del derecho o, mejor, la forma como se entretienen y, desde una perspectiva teórico-normativa, se *deben* entretienen los análisis histórico-comparados.

⁽¹⁷⁾ D. CASTIGLIONE, *Les métamorphoses du gouvernement moderne. Par le peuple, par la représentation, par le public*, pp. 411-432.

El número de artículos que componen la publicación, así como la (sana) libertad que se les concedió a los autores, arroja tal variedad de perspectivas de análisis que sería imposible agotarlas en esta reseña.

De todas formas, en casi la totalidad de los escritos, si es posible identificar, con grados de intensidad diferentes, una especie de enfoque de *sospecha crítica* común frente a las reconstrucciones del pasado y, entonces, una re-visitación de las respectivas narraciones y de las metodologías empleadas.

Un enfoque de análisis que tal vez se debe a la conciencia (manifestada expresamente por varios de los autores) sobre la irremediable incidencia, también de orden normativo, que tales narraciones, más allá de su verdad historiográfica, tienen en la re-presentación actual de los sistemas jurídicos locales y su interacción global. En otros términos, debido a la conciencia según la cual, como precisa Pier Giuseppe Monateri (*Morfologia, Storia e Comparazione. La nascita dei "sistemi" e la modernità politica*, pp. 267-290) « en el momento mismo en que se produce un 'mapa' de los *ordenamientos* locales, este mapa se presenta, a su vez, como un ordenamiento de sentido del mundo [...] como *ordenamiento de los ordenamientos* ».

Si es así, no es un caso, entonces, que, por ejemplo, Emanuele Stolfi (*Problemi e forme della comparazione nella storiografia sui diritti antichi*, pp. 551-574) precise que nuestra identidad actual es el resultado « de un proceso para nada natural y objetivo, sino, tal vez, de actos de voluntad, 'invenciones' realizadas según un juego más o menos consciente de memoria y olvido — auténticas, constitutivas intermitencias de la memoria ». Invenciones que, como precisa Alfons Aragoneses (*La memoria del derecho. La construcción del pasado en los discursos jurídicos*, pp. 5-30) son producidas por el historicismo lineal — recurriendo, por ejemplo, a los « mitos fundacionales » y a la reiteración o invención de valores del pasado — que, con el objetivo de generar un consenso social, reconstruye una memoria que incide en el presente para legitimar y/o recomponer el derecho actual mediante la creación o, en cambio, la ruptura de líneas de continuidad.

Y, precisamente, la construcción y deconstrucción de líneas de continuidad es un argumento que (desde esa perspectiva de *sospecha crítica*) ocupa a varios de los autores del libro y que, creo, me permite sugerir una especie de guía de lectura.

En efecto, bajo esta perspectiva de análisis, creo que pueden ser identificados seis grupos de artículos. En concreto, artículos que centran su análisis en: (i) la relación histórico-comparada entre derecho romano y romanística con el derecho actual; (ii) la identificación de un aparato conceptual y metodológico idóneo para afrontar el reto de la construcción de una historia del derecho global; (iii) la incidencia, desde la perspectiva del comparatista, del fenómeno de la globalización en la reconstrucción histórico-comparada de los espacios jurídicos; (iv) las narraciones sobre el origen y diferenciación del derecho inglés; (v) la

incidencia de la colonización en la construcción del pasado; (vi) la relevancia histórica así como las consecuencias de la hegemonía de la nueva economía comparada.

En relación con el primer grupo de artículos — *derecho romano y derecho actual* — Antonello Calore (“*Cittadinanza*” *tra storia e comparazione*, pp. 81-94), a partir del análisis de la discontinuidad de los modelos de ciudadanía romana, critica las pretensiones actualistas de aquellos que encuentran continuidades históricas entre tal(es) modelo(s) y el derecho contemporáneo para sugerir, así, su adopción ante la crisis migratoria contemporánea.

Por su parte, Massimo Brutti (*Sulla convergenza tra studio storico e comparazione giuridica*, pp. 49-79) — además de reivindicar, también a partir del análisis del método histórico-comparado de Gorla, una metodología histórico-comparada funcionalista, contextual y atenta a las ciencias sociales — formula una crítica a las perspectivas actualistas que derivan de las propuestas de análisis que, a partir de la construcción de aparentes continuidades históricas, reivindican una continuidad del derecho romano con el presente. Una continuidad que, sin embargo, como en el caso de Savigny y sus actuales herederos, deriva del empleo y la exaltación de la dogmática como producto técnico-científico atemporal y apolítico con valencia universal. Enfoque que, por cierto, termina por legitimar perspectivas normativas unificadoras.

Con la misma perspectiva crítica, Emanuele Stolfi enfatiza las dificultades que pueden derivar de los análisis comparados que involucran derechos antiguos, sea que se trate de análisis sincrónicos — como, por ejemplo, la comparación entre derecho romano y derecho griego —, sea que se trate de análisis diacrónicos — como, por ejemplo, la comparación entre derecho romano y romanística con el derecho actual. En ambos casos, el autor previene sobre la riesgosa construcción de continuidades espaciales y temporales. Y, específicamente en relación con los análisis diacrónicos, Stolfi enfatiza el riesgo de anacronismo, cuya contención sólo podría derivar de un enfoque que, valorizando la identidad del otro, escape de los falsos actualismo y continuidades; un enfoque que, de hecho, a partir de un método morfológico-genealógico (por cierto, también, sugerido por Monateri) restituya la plena *inactualidad* del derecho antiguo.

En relación con el segundo grupo de artículos — *historia del derecho global* —, en efecto, pueden ser identificadas una serie de contribuciones que se ocupan de los retos epistemológicos que derivan de la innegable consolidación de ese « tercer espacio », esa zona común de impacto con relevancia ontológica que se genera en las intersecciones entre local y global, donde se articulan dinámicamente una pluralidad de culturas (Roberto Scarciglia, *Storia e diritto globale. Intersezioni metodologiche e comparazione*, pp. 477-490).

Una serie de retos que derivan de la incapacidad para describir una realidad jurídica transnacionalizada y poblada de nuevos sistemas

normativos no-estatales con base en perspectivas estatistas y eurocéntricas que persisten en el « nacionalismo historiográfico y la ‘segregación’ geográfica » (Luigi Lacchè, *Sulla Comparative legal history e dintorni*, pp. 245-266). Perspectivas de análisis histórico que, no obstante la evidente revolución en la relación entre espacio y tiempo, ha capturado, con importantes excepciones, la disciplina de la historia del derecho italiano, según nos indica, en sintonía con Lacchè, Eliana Augusti (*Quale storia del diritto? Vecchi e nuovi scenari narrativi tra comparazione e globalizzazione*, pp. 31-48) en su análisis crítico sobre la historia del derecho tradicional.

El llamado parece ser, entonces, como precisa Thomas Duve (*Storia giuridica globale e storia giuridica comparata. Osservazioni sul loro rapporto dalla prospettiva della storia giuridica globale*, pp. 149-186), a desconfiar, en consonancia con un enfoque de *sospecha crítica*, del « consenso con base en la auto-representación occidental e inaugurar un diálogo con aquellas culturas actuales empeñadas en un proceso de emancipación de estructuras intelectuales precedentemente hegemónicas ». Un llamado, además, a la investigación trans-disciplinaria que, como precisa Aragonese, respecto a la perspectiva de Duve, asuma el derecho, no solo como un discurso jurídico, « sino también como un discurso cultural, simbólico y político ».

En concreto, Duve identifica una serie de retos que le sirven, a su vez, para contextualizar parte del aparato conceptual de la historia del derecho global.

Así, al reto de la re-configuración de los espacios, se responde con la necesidad de su expansión, dando prioridad al espacio local, como lugar por excelencia de producción del derecho.

Al reto de la apropiación normativa, se responde con una crítica al concepto de trasplante legal y la sugerencia para que se adopte el enfoque de la *cultural translation* como perspectiva metodológica apta para acceder, entre otras cosas, a las formas mediante las cuales se materializa el sistema de significados de la locución derecho. Esto, más aún, si se acepta que « la historia del derecho pueda ser considerada, en su totalidad, precisamente como un gran proceso diacrónico de transposición lingüística » (y, entonces, se acepte, por cierto, que, en el cuadro del diálogo con otros saberes, la teoría lingüística adquiere valor teórico y normativo muy relevante: Giovanni Poggeschi, *Il rapporto fra lingua e diritto nel prisma della comparazione fra linguistica e teoria del diritto*, pp. 419-455).

En fin, al reto de la multi-normatividad, se responde con: (i) una valorización del multiculturalismo normativo; (ii) la necesidad de capturar, en la forma de una sociología de las convenciones, las normas sociales sobre el tácito consenso que gobierna la implementación de las normas; (iii) la valorización del carácter dinámico de la producción normativa en un « contexto caracterizado por la diversidad ».

En relación con el tercer grupo de artículos — *globalización, historia y comparación* —, una serie de contribuciones afrontan, desde la perspectiva del comparatista, la forma como la relación entre historia y comparación debe ser asimilada para lograr descripciones fidedignas, en atención a las transformaciones que derivan de la tensión entre local y global (valorizando la perspectiva interdisciplinaria y libre de jerarquizaciones: Bernardo Sordi, *Comparative legal history: una combinazione fruttuosa?*, pp. 541-550).

En este contexto de análisis, es, entonces, del todo entendible la defensa del uso de la microhistoria como estrategia de re-visitación de las narraciones elaboradas por los análisis macro-históricos. Así sugiere Salvatore Casabona (*Solidarietà familiare tra mito e realtà: note minime su comparazione giuridica e microanalisi storica*, pp. 111-148) en su interesante análisis deconstructivo de la narración sobre el supuesto carácter connatural de la solidaridad familiar, mostrando, en cambio, y mediante un análisis micro-histórico, que el grado de solidaridad familiar depende de la relación entre la coerción por incumplimiento de las obligaciones alimentarias y la disponibilidad de asistencia social de carácter público.

Igualmente es del todo entendible la propuesta del proyecto de investigación sugerida por Vincenzo Zeno-Zencovich, (*Appunti per una "storia giudiziaria contemporanea"*, pp. 575-588) en la que el autor propone, consciente del carácter provincial de las investigaciones con enfoque estatistas, la elaboración interdisciplinaria de una ambiciosa historia judicial contemporánea de todas las jurisdicciones de la Europa occidental después de la segunda guerra mundial.

Bajo esta perspectiva de análisis cobra importancia, entonces, el entendimiento de la comparación como proceso cognitivo llamado a socavar los « paradigmas actuales de la formación del jurista » y « sacar a la luz del sol las elecciones políticas que hay detrás de toda elección jurídica » — como sugiere Giovanni Pascuzzi, (*La comparazione giuridica italiana ha esaurito la sua spinta propulsiva?*, pp. 379-388).

Por su parte, Giuseppe Franco Ferrari (*Law and history: some introductory remarks*, pp. 187-206) exalta el empleo de un método histórico factual y contextual que opere como el principal instrumento, no solo para equilibrar los « análisis sincrónicos que, de otro modo, se concentrarían exclusivamente en el derecho positivo », sino para capturar las especificidades locales como « mejor remedio » contra la construcción de falsas líneas de continuidad que inducen al aplanamiento del mundo. Un aplanamiento al que se resiste, también, mediante una valorización de una comparación de la diferencia y una reivindicación de la localidad, como sugiere Tommaso Edoardo Frosini (*Diritto comparato e diritto globale*, pp. 207-218) en su análisis crítico sobre la forma como se describe el acto de producción legislativa local en la era de la globalización, cuando, en realidad, considera el autor, no siempre la producción legislativa está del todo hetero-condicionada de

forma privatizada y transfronteriza — piénsese en las leyes de alto contenido político (electorales) y ético-religioso (fecundación asistida).

En relación con el cuarto grupo de artículos — *construcción del derecho inglés* — tres contribuciones, desde perspectivas diferentes, afrontan y/o re-visitan las narraciones en atención a las líneas de continuidad y discontinuidad sobre la historia jurídica del mundo inglés. Así, P.G. Monateri, con base en el concepto de estilo, re-visita la partición entre *common law* y *civil law* a partir del análisis crítico de la distinción entre (la permanencia de) los sistemas jurisdiccionales y el surgimiento (moderno), en la forma de ruptura, de los sistemas legislativos, con el objetivo de presentar el actual gobierno de la técnica como un gobierno apolítico que carece de cualquier reenvío a ese excedente de la ley que fue administrado de forma casi contrapuesta por la ley oral (de los sistemas jurisdiccionales) y la ley escrita (de los sistemas legislativos): el primero de forma irónica y mediante una absorción de la política por parte de la jurisdicción y el segundo mediante un acto hiperbólico de absorción de la jurisdicción por parte de la política.

Formas de administración del excedente de la ley que puede ser encontrada en el debate entre Hobbes y Coke y, entonces, en el debate, de orden también teórico-interpretativo, sobre la tensión entre la administración de la ley por parte de una elite de juristas y la producción definitiva de la ley por parte del poder soberano. Debate que Mauro Grondona (*Storia, comparazione e comprensione del diritto: Tullio Ascarelli, "Hobbes e Leibniz e la dogmatica giuridica". Un esercizio di lettura*, pp. 219-245) nos recuerda en su lectura del estudio de Ascarelli sobre Hobbes y Leibniz y que actualiza en la tensión entre democracia legislativa y poder judicial, y entre la captura de la ley en el acto soberano y la 'actualización' histórica del derecho por parte del juez.

Por su parte, Mario Serio (*L'apporto della letteratura alla formazione storica del diritto inglese: l'impareggiabile opera di Charles Dickens*, pp. 491-508) re-visita la narración sobre la transición inglesa hacia los famosos Judicature Act de 1873-1875 a partir del análisis de dos obras de Dickens — *Bleak House* (1853) y *Pinckwick Papers* (1837) — que, con profunda fuerza descriptiva, mostraron, respecto de ambas jurisdicciones (*equity* y *at-law*), las deficiencias en la administración de justicia en la Inglaterra de mediados del siglo XIX y condujeron, junto con otros factores, a la materialización de las reformas que, entre otras cosas, unificaron ambas jurisdicciones, simplificaron el proceso y jerarquizaron la administración de justicia.

En relación con el quinto grupo de artículos — *colonización y descolonización* — tres contribuciones analizan, críticamente, desde perspectivas diferentes, las reconstrucciones del pasado referidas a espacios que fueron objeto de procesos de colonización.

En efecto, desde una perspectiva histórico-comparada, sirviéndose de los instrumentos clásicos del aparato conceptual inaugurado por R. Sacco (formante, criptotipo, disociación entre formantes, etc.), Giorgia Pavani (*El papel de la historia del derecho en la formación del "criptotipo centralista" en América Latina*, pp. 389-418) re-visita, desde una perspectiva crítica, las narraciones clásicas que atribuyen (en la forma de una supuesta continuidad evidente) a una herencia franco-napoleónica la consolidación del derecho administrativo y los sistemas centralizados latinoamericanos. Un análisis crítico que le permite a la autora acreditar, en cambio, un origen deudor, también, de la herencia del derecho indiano que, a su vez, explicaría la actual dificultad que existe en América Latina para implantar sistemas descentralizados, no obstante las pretensiones normativas (también de orden constitucional) en tal sentido.

Por su parte, Matteo Nicolini (*Insidie "coloniali", rappresentazione cartografica e processi di delimitazione delle aree geogiuridiche africane*, pp. 323-358) sugiere una crítica a la tradicional re-construcción sistemológica del continente africano que se realiza mediante el empleo de (insuficientes) instrumentos metodológicos con marcados tintes eurocéntricos, coloniales y estratificadores — tanto en relación con los criterios de delimitación geográfica, como en relación con los criterios de clasificación de los sistemas y reconstrucción (simplificada y racionalizada) de los derechos tradicionales. Nicolini sugiere, en cambio, una nueva re-construcción del pasado que re-visite precisamente la selección de los criterios idóneos para la delimitación geográfica del continente africano, valorizando una integración del criterio étnico-geográfico con el criterio jurídico. Una perspectiva crítica postcolonial que, sin obscurecer la herencia europea, mire la periferia desde la periferia para ver más allá del pasado colonial re-creado en el acto descriptivo del continente africano.

Finalmente, Luigi Nuzzo (*Rethinking eurocentrism. European legal legacy and Western colonialism*, pp. 359-378), a partir de una lectura « de Schmitt, contra Schmitt », y a partir de un análisis de la historia de las conquistas de las Américas y de África, afronta la historia del derecho internacional con la pretensión de una re-formulación de las narraciones en clave descolonizada: una historia descolonizada del derecho internacional. Un esfuerzo por capturar un contacto insuperable entre dos historias — la historia del derecho internacional y la historia de la colonización — cuya conexidad el autor ve precisamente en los efectos, y el análisis crítico, del acto de ocupación, de conquista, y el análisis de la diferenciación en la forma como el territorio y el sujeto colonizado, y poblador del 'nuevo' territorio, entran en el marco normativo del colonizador.

En relación con el último grupo de artículos — *nueva economía comparada e historia del derecho* —, en efecto, tres contribuciones giran críticamente alrededor de las formas como históricamente se ha resuelto

la tensión entre comunidad política y orden económico o, en los términos de Edmondo Mostacci (*Evoluzione del capitalismo e struttura dell'ordine giuridico: verso lo Stato neoliberale?*, pp. 291-322), la forma como los procesos económicos han condicionado las formas de Estado.

En breve, después de la progresiva superación del compromiso keynesiano (Alessandro Somma, *Comparazione giuridica, fine della storia e spolitizzazione del diritto*, pp. 509-540) y, entonces, de una forma de Estado caracterizada por una limitación política al orden económico con el objetivo de equilibrar las exigencias del sistema económico a favor de las exigencias del sistema social (Mostacci), la tensión se resuelve, actualmente, en una forma de Estado neoliberal adecuada al capitalismo neoamericano (Somma). Una forma de Estado consolidada gracias a la tendencia hegemónica de los postulados de la *New comparative law & economics* de matriz neo-institucional (Giorgio Resta, *La comparazione tra diritto e storia economica: rileggendo Karl Polanyi*, pp. 457-476) y, entonces, de la doctrina de los orígenes legales y sus efectos ideológicos en los informes *doing business* (Mostacci, Resta, Somma).

Y, precisamente, la actual hegemonía de la nueva economía comparada es analizada críticamente por Resta y por Somma. El primero lo hace a partir de una re-lectura de la obra de Polanyi en cuanto, dice Resta, «ofrece un contra-modelo particularmente eficaz para analizar de forma crítica y, entonces, relativizar el peso de los argumentos «economicistas» presentados como axiomas neutrales, apolíticos y dotados de valencia universal, que condicionan la totalidad del implanto teórico neo-institucional». Un contra-modelo crítico y antiformalista que escapa a la falacia economicista y que, como se desprende del debate de Polanyi con North, ofrece, además, en cuanto resistencia al valor supuestamente universal y no-histórico de los axiomas del neo-institucionalismo, instrumentos metodológicos muy útiles para los análisis histórico-comparados: «evitar transponer en contextos temporal y culturalmente diferentes esquemas de lectura propios del orden contemporáneo»; «tomar en consideración la diversidad cualitativa de los diferentes modelos de capitalismo»; resistir «la separación artificial de la economía frente a las otras esferas sociales».

Somma, por su parte, seguramente en sintonía con lo dicho por Resta y Mostacci, enfatiza los efectos políticos de la hegemonía del capitalismo neoamericano y, entonces, del Estado neoliberal. Una hegemonía que, en cambio de ser leída de forma simplista como un regreso al pasado decimonónico, genera, para Somma, consecuencias de todas formas inéditas — también (en parte) referidas, pero con términos y énfasis diferentes, por Mostacci en el contexto de la descertificación no-neutral del territorio, la informalización de las relaciones jurídicas con contenido económico y la neutralización del Estado. Así, Somma nomina y analiza consecuencias tales como: el post-derecho, la despolitización de la economía (ejemplificada en la política fiscal y monetaria europea), la post-democracia, el gobierno de la tecnocracia,

el fin de la política, el gobierno consensual en manos de la empresa, la *governance* y el *soft law* como mecanismos de neutralización del conflicto y la despolitización del mercado.

Continuidad y discontinuidad, global y local, fuera y dentro, memoria e invención, homologación y diferencia, derecho antiguo y derecho actual, interdisciplinariedad, intersecciones, economía, lingüística. Todos términos que sugieren posibles claves de lectura de un libro que entrega al lector una variedad de reflexiones valiosas y muchas veces inesperadas sobre el *qué*, el *cómo* y el *porqué* de la necesaria relación entre comparación jurídica e historia del derecho.

PABLO MORENO CRUZ

MICHEL FOUCAULT, *Teorie e istituzioni penali* (Corso al Collège de France, 1971-72) [edizione stabilita da B.E. Harcourt sotto la direzione di F. Ewald e A. Fontana, edizione italiana a cura di D. Borca e P. A. Rovatti], Milano, Feltrinelli, 2019; ID., *La società punitiva* (Corso al Collège de France, 1972-73) [edizione stabilita da B. E. Harcourt sotto la direzione di F. Ewald e A. Fontana, edizione italiana a cura di D. Borca e P. A. Rovatti], Milano, Feltrinelli, 2016.

Nel febbraio del 1971, Michel Foucault con il grecista Pierre Vidal-Naquet e con Jean-Marie Domenach, direttore della rivista « Esprit », firma un manifesto in cui si annuncia la nascita del « Gruppo di informazione sulle prigioni ». Lo scopo di questa associazione — alla quale aderiscono giornalisti, magistrati, avvocati, medici e psicologi — è far sapere cos'è il carcere, chi vi è recluso, per quali ragioni, con quali modalità si svolge la vita dei detenuti, a quali condizioni di igiene e di rispetto della dignità personale essi soggiacciono e cosa attende statisticamente chi rientra in società dopo aver espiato la pena. A questo programma di lavoro, si associa l'intenzione di non chiedere dati o informazioni agli archivi ministeriali o ai rapporti ufficiali, ma solo a chi ha avuto, o a chi sta ancora avendo, un'esperienza diretta con il carcere ⁽¹⁾. Dal 1971 al 1973 il GIP pubblica quattro opuscoli informativi che riguardano, tra l'altro, la composizione sociale della popolazione carceraria, le violazioni dei diritti costituzionali dei detenuti, le

(¹) Cfr. D. ERIBON, *Michel Foucault*, Milano, Leonardo, 1989, pp. 264-276.

rivolte e i suicidi nelle prigioni (2). Negli stessi anni in cui il GIP conduce le sue inchieste e promuove le sue campagne di informazione e mobilitazione, Michel Foucault dedica i suoi corsi al Collège de France alla nascita delle moderne istituzioni punitive e alle logiche del loro funzionamento nel sistema complessivo dei meccanismi di potere. Siamo nel cantiere di *Sorvegliare e punire*.

« In principio è la rivolta », si potrebbe affermare per segnare il punto di avvio del corso che nel 1971-72 Foucault dedica al tema *Teorie e istituzioni penali*. L'indagine muove, infatti, dalla rivolta normanna dei « piedi scalzi » scoppiata nel 1639. Si tratta di una sommossa che, come in casi precedenti, trae origine dalla cancellazione di un privilegio fiscale che determina un appesantimento degli oneri gravanti sui contadini e sui plebei delle città. Ma la modifica del regime tributario erode anche il potere di acquisto della borghesia, il che fa sì che anche le classi più agiate partecipino alla sedizione contro la fiscalità regia. Per fronteggiare i rivoltosi, il re invia un contingente armato giacché, a quell'altezza temporale, « la grande aristocrazia feudale (legata alla difesa dello Stato che assicura il prelievo della rendita centralizzata) non ha più la forza per assicurare l'ordine sul territorio » (*Teorie e istituzioni penali*, p. 56). La presenza di un corpo armato agli ordini del re con l'obiettivo di ripristinare l'ordine pubblico nella provincia normanna scossa dai tumulti cristallizza, accanto ai due aspetti tradizionali della sovranità monarchica (giustizia ed esercito), una terza funzione che esprime una prerogativa del potere regio: la repressione. « Il re può e deve fare giustizia tra gli individui suoi sudditi; può e deve assicurare la difesa dei suoi sudditi contro i loro nemici; può e deve reprimere la sedizione dei propri sudditi » (p. 86). Il fatto che tale compito non sia più delegato ai signori feudali significa che esso si iscrive, non accidentalmente ma strutturalmente, tra i compiti propri dello Stato. Le grandi sedizioni, che si verificano a più riprese nella seconda metà del XVII secolo, creano le condizioni per l'emersione di un apparato repressivo centralizzato che ha la funzione di proteggere, in qualche modo duplicandolo, l'apparato fiscale. Per replicare alla rivolta dei « piedi scalzi » non viene creata alcuna istituzione speciale. Il potere regio modifica e disloca il funzionamento di istituzioni già esistenti disegnando « una funzione repressiva generale, che a poco a poco si articolerà in istituzioni specifiche e giocherà ruoli politici diversi nel corso dei secoli successivi » (p. 90). Sull'esercizio del potere di repressione, si fonda la distinzione tra la tradizionale forma giuridico-militare dello Stato, che attiene all'esercizio di arbitrati e interventi relativi a situazioni particolari e rispetto alla quale le definizioni del potere sono formulate con riferimento al suo essere « giusto », e la nuova forma amministrativa

(2) Una sintesi degli archivi del GIP è rinvenibile in S. VACCARO, *Biopolitica e disciplina. Michel Foucault e l'esperienza del GIP*, Milano, Mimesis, 2005.

dello Stato, che si manifesta attraverso leggi che legano tutti i cittadini e che possono essere sospese solo dalla ragion di Stato. Il problema è divenuto ora quello della volontà statale, del suo essere rappresentativa di una generalità di individui e interessi. In virtù di tale trasformazione, la funzione repressiva non può più essere delegata, come avveniva nel Medioevo, ai ceti privilegiati. Non soltanto perché la loro adesione al potere è troppo precaria per rischiare di lasciarli armati, ma anche perché una volta che il popolo dovesse impadronirsi delle armi si scatenerrebbe nuovamente la guerra civile. È per scongiurare simili scenari che in Francia, almeno a partire dal 1640, si forma un ceto di funzionari — intendenti di giustizia, di polizia e di finanza — che assicura, sin nelle più remote periferie del regno, l'esecuzione, se necessario coattiva, degli ordini del re. Entro questa latitudine si viene formando un corpo di polizia centralizzato, ovvero una forza armata che però non sottostà a impieghi militari al di fuori del mantenimento dell'ordine pubblico; a fianco della polizia sorge l'istituto della reclusione, ovvero il prelevamento temporaneo della popolazione pericolosa, che ha positive ripercussioni anche sul ciclo economico, dal momento che molte persone accettano salari bassi piuttosto che essere reclusi e questo, riducendone i costi, stimola la produzione. « La polizia e la reclusione sono due fenomeni correlati. Entrambi permettono di sottrarsi all'alternativa tra il ricorso all'esercito e l'armamento della popolazione; entrambi permettono di sottrarsi al costo supplementare costituito dalla repressione mirata per mezzo dell'esercito; entrambi, infine, si trovano a svolgere un ruolo preciso nello sviluppo di un'economia che si apre la strada tra la rendita e l'imposta » (p. 113). Alla radice di questa epocale trasformazione si pone, secondo Foucault, la necessità di gestire le lotte popolari. L'apparato di Stato che viene messo in piedi a tal fine genera, come retro-effetto, la delinquenza. In quanto, un sistema repressivo che punta a difendere dalle sedizioni la proprietà privata — tanto le ultime vestigia dell'economia feudale che i primi bagliori dell'economia capitalista — deve mettere in atto un certo insieme di misure preventive, interventi precauzionali e di sorveglianza continua. In altri termini, è nella sede costituente dei rapporti di potere che si determinano le condizioni del possibile funzionamento di un determinato regime di scambi e di circolazione e accumulazione della ricchezza e questi stessi rapporti di potere generano delle classificazioni binarie, « legale-illegale », « penalità-delinquenza », che non sono un riflesso sovrastrutturale delle strutture economiche. « Non è il capitalismo a produrre la criminalità [...] il capitalismo non può sussistere senza un apparato di repressione la cui funzione principale è antiseditiziosa » (p. 124). Il sistema penale moderno appare, in definitiva, iscritto all'interno dei movimenti di appropriazione di un'economia non monetaria in cui la ricchezza si basava sulla proprietà fondiaria o sul prelievo parziale dei suoi prodotti ma, altresì, all'interno di un moto centripeto del potere politico, giacché con l'aumento parallelo della redditività della giustizia

e della pressione fiscale, la giustizia reclamava sempre più un potere unitario che arbitrasse i conflitti e appoggiasse il proprio potere esecutivo. Inoltre, mentre il sistema penale del medioevo funzionava perlopiù al livello del prelievo dei beni, quello moderno opera al livello dell'esclusione degli individui. Esso si articola intorno alla domanda su quali siano gli individui da escludere e da rinchiudere e nel costituirsi come sistema carcerario esso si avvale dei saperi psicologici che rafforzano le sue potenzialità anti-sedizione indicando gli individui pericolosi e accelerandone l'estromissione dal campo delle relazioni civili. « Una descrizione delle pratiche penali del Medioevo doveva senz'altro vertere intorno alla domanda: chi riscatta che cosa. [...] Una descrizione delle pratiche penali moderne doveva vertere intorno alla domanda: chi esclude chi e che cosa; chi rinchiude chi; che cosa viene estromesso dal circuito? » (p. 157). Tale processo di accentramento del potere consolida una dinamica che aveva cominciato a manifestarsi ben prima dell'epoca delle grandi rivolte popolari. Infatti, già nel corso del XIV secolo in Francia si delineano in materia di giustizia dei casi che sono attratti nella competenza esclusiva del re: la detenzione di armi (*portatio armorum*) da parte di un gruppo composto da più di dieci persone; gli assalti contro i mercanti e i convogli sulle grandi vie di comunicazione; le infrazioni alle ordinanze del re che sono promulgate per l'intero territorio della nazione. Il regno si configura come un luogo di circolazione delle forze armate, uno spazio di transito di merci e patrimoni, un perimetro unitario sotto l'egida delle medesime regole e decisioni. Questo schema, in cui il crimine non rappresenta semplicemente un'infrazione ma un atto di disobbedienza politica, un vero e proprio « attacco al potere » (p. 208), si mantiene secondo Foucault, sostanzialmente inalterato, sino al Codice penale del 1810, nel quale « quel che giustifica l'azione penale non è il danno causato all'altro, ma è l'infrazione alla legge; e ciò che caratterizza l'infrazione è il fatto che venga punita dalla legge » (p. 204). L'evoluzione della pratica penale genera anche la trasformazione degli effetti di sapere che si generano intorno ad essa, laddove questi vanno intesi, non tanto come la trascrizione ideologica tramite cui regole e istituzioni vengono giustificate, ma, piuttosto, come il carattere e la distribuzione di ciò che è possibile conoscere nella pratica penale. Nella pratica alto-medievale la prova era un meccanismo che determinava l'esito del processo, essa funzionava da indicatore di verità stabilendo dei fatti ed ordinando il diritto nel modo ad essi conseguente; nel diritto post-carolingio si impone una procedura d'indagine in cui chi si difende è l'oggetto di un sapere, alla cui formazione può anche concorrere enunciando la verità tramite la confessione. « Mentre prima era in un campo di forze, ora rientra in un ambito del sapere » (p. 220). Il diritto moderno radicalizza questa tendenza in quanto la penalità del XVIII-XIX secolo, che gravita intorno al controllo e alla repressione, assegna un ruolo centrale alla dimensione dell'esame nelle diverse forme di esame di normalità, di

livello, di salute (mentale e fisica), di moralità. Dall'incrocio di tali strumenti di misurazione, sarà possibile estrarre un plus-sapere « che avrà come effetto la nascita delle scienze umane » (p. 234).

Quest'ultimo punto ha uno sviluppo assai più articolato nel corso che Foucault tiene l'anno successivo, intitolato *La società punitiva*. A conferma della continuità, non solo cronologica, tra l'uno e l'altro, si può osservare che la categoria ermeneutica attraverso cui l'analisi procede è quella della guerra civile, che prende il posto delle sedizioni anti-fiscali del secolo XVII. « La guerra civile è la matrice di tutte le lotte di potere, di tutte le strategie di potere e, di conseguenza, anche la matrice di tutte le lotte intorno e contro il potere. È la matrice generale che permetterà di comprendere la messa in atto e il funzionamento di una strategia particolare della penalità: la reclusione » (*La società punitiva*, p. 25). La guerra civile abita il potere e lo attraversa in ogni direzione, l'esercizio stesso del potere può essere analizzato nei termini della guerra civile e, in sostanza, « la politica è la continuazione della guerra civile » (p. 45). Entro siffatto schema, il criminale viene percepito come colui che muove guerra alla società e la punizione del crimine come un rimedio protettivo che la comunità adotta nei suoi confronti. Il profilo del criminale appare, pertanto, all'interno di una serie di strumenti e procedure — istruzione penale, polizia giudiziaria, saperi psicopatologici — che si costituiscono come reazione alla sfida che egli muove ai consociati dalla sua posizione di nemico pubblico. Uno dei volti che nel XVIII secolo identificano il criminale è quello del vagabondo quale si incontra nelle analisi economiche dei fisiocrati. « Il vagabondo [...] è colui che di sua spontanea volontà rifiuta l'offerta di lavoro che la terra ci fa così generosamente. Non è il disoccupato costretto a esserlo suo malgrado che, poco a poco, mendica e si sposta, è colui che si rifiuta di lavorare » (p. 60). Contro i vagabondi e il loro perturbante peregrinare vengono suggerite delle misure repressive ma nessuna proposta contempla l'uso della prigione che, viceversa, diverrà nello spazio di pochi decenni, e quasi ovunque in Europa, la tecnica punitiva più massicciamente utilizzata. Nel chiedersi da dove essa tragga origine, Foucault esclude che si possa istituire una continuità tra comunità conventuali medievali e penalità reclusoria. In quanto le prime proteggono i corpi e le anime dal mondo esterno, la seconda rinchiude gli individui all'interno perché l'esterno sia protetto⁽³⁾. Tuttavia, oltre ad alcune analogie funzionali tra queste due tipologie di luoghi, Foucault osserva che è nel solco di alcune tradizioni religiose che va rintracciata la logica dei moderni penitenziari. Infatti, stando alle tesi della penalistica illuminista, da Beccaria a Bentham, non si sarebbe

(3) In proposito, e in senso contrario alle conclusioni di Foucault, si veda M. SBRICCOLI, *La storia, il diritto, la prigione. Appunti per una discussione sull'opera di Michel Foucault*, in « La questione criminale », III (1977), 3, pp. 407-423.

potuto confondere il castigo morale con la punizione legale di un'infrazione derivante unicamente dall'utilità sociale. È, invece, nella tradizione quacchera — e nelle prime case di reclusione della Pennsylvania — che si insiste sul carcere come luogo di trasformazione morale del detenuto e si concepisce il tempo della pena non solo in vista del suo compimento ma con riferimento alle « trasformazioni interiori del prigioniero » (p. 104). In generale, sin dalla fine del XVII secolo sorgono gruppi, prevalentemente a carattere religioso — oltre i quaccheri, i metodisti — che hanno come scopo quello di esercitare un controllo continuo sulla moralità esistenziale dei propri affiliati. Tale vigilanza mira a scongiurare le più tipiche condotte disdicevoli: ubriachezza, dissipazione del denaro, gioco d'azzardo, renitenza al lavoro, prostituzione. Progressivamente, tra la fine del XVIII e l'inizio del XIX secolo, molte di queste società per la soppressione del vizio e la difesa della moralità si diffondono nelle città inglesi e assumono compiti di vario ordine: sorveglianza dei quartieri, mantenimento dell'ordine, difesa delle merci e dei patrimoni collocati nei magazzini e nei *docks*. Si assiste da un lato a un'estensione orizzontale delle pratiche di controllo dei luoghi e delle persone ma anche a una divaricazione rispetto alla discorsività penale ufficiale, secondo cui le leggi non devono investire la sfera morale degli individui ma guardare all'utilità sociale. « Si assiste, dunque, a una moralizzazione del sistema penale a dispetto della sua pratica e del suo discorso. Tutto questo movimento permette alla penalità di diffondersi ampiamente nel quotidiano » (p. 122). Quest'esigenza di moralizzazione si va, progressivamente, allargando ed essa viene presa in carico dallo Stato attraverso due dispositivi complementari: la polizia e il penitenziario. La polizia assicura un monitoraggio continuo non limitato all'osservanza delle leggi ma esteso al rispetto delle regole morali, da cui dipende l'ordine e la sicurezza. In tal modo, lo Stato diviene « l'agente essenziale della moralità, della sorveglianza e del controllo etico-giuridico » (p. 125). Ma se la vigilanza e l'esortazione non sono sufficienti a condizionare i comportamenti e mantenerli entro la soglia dell'apprezzabilità etica, interviene una tecnica coercitiva che ha nel penitenziario il suo strumento principale. Esso assicura una sorveglianza permanente allo scopo di punire le infrazioni ma, ancor più, modellare il carattere delle persone. « Ci sono dunque due insiemi: l'insieme penale, caratterizzato dall'interdetto e dalla sanzione, dalla legge; e l'insieme punitivo, caratterizzato dal sistema coercitivo penitenziario » (p. 126).

Un simile processo circolare tra controllo della moralità dal basso e intervento delle istituzioni statali si ha nella Francia del XVIII-XIX secolo con le *lettres de cachet*. Queste sono richieste di punizione indirizzate all'autorità da parte di famiglie, gruppi religiosi, corporazioni, datori di lavoro che intendano correggere irregolarità non necessariamente contemplate come infrazioni dal Codice penale ma, tuttavia, ostative al pacifico svolgimento della vita sociale (infedeltà coniugale,

dissolutezza, ubriachezza molesta, agitazione abituale). Attraverso la *lettre de cachet*, che genera un internamento la cui durata non è fissata in anticipo ma è subordinata al recupero delle più sane abitudini morali da parte dell'interessato, fa la sua comparsa una tipologia di trattamento che prelude alla psicologizzazione della pena nei decenni successivi. « I saperi psichiatrico, sociologico, criminologico [...] si formeranno a partire da questo lento e oscuro cumulo di sapere poliziesco che afferra le persone attraverso i marchi politici che sono stati loro imposti e che hanno delineato così la loro irregolarità » (p. 148). Quando, nel corso dell'Ottocento, la borghesia assumerà il controllo egemonico dei rapporti di produzione, si avvarrà anche del penitenziario come forma supplementare di controllo e repressione degli illegalismi delle classi lavoratrici (scioperi, distruzione delle macchine, sommosse), potendo contare sulle penetranti virtualità pedagogiche di tale strumento. Ma, soprattutto, quando nel 1810 la Francia di Napoleone avrà il suo Codice penale, esso sarà un testo con un doppio livello di operatività: da un lato, la fedele ricezione delle tesi di Beccaria per cui è delitto solo ciò che nuoce alla società, ciò che le procura un danno oggettivo e misurabile; dall'altro, la presenza di misure che permettono il controllo e la coercizione morale come gli articoli sul vagabondaggio — delitto consistente nel non avere una fissa dimora — o la sezione sulla recidiva o sulle circostanze aggravanti e attenuanti che consentono una « modulazione moralizzatrice del sistema penale » (p. 193). L'universalità e positività della legge vivono accanto alla pretesa di correggere e rigenerare gli individui. La società punitiva è, in definitiva, caratterizzata da una continuità che salda il « punitivo » al « penale » e la cui condizione di funzionamento è un prelievo continuo di sapere sugli individui che, ad ogni istante, ne consente la rubricazione tra gli irregolari o tra i regolari, tra gli anormali o tra i normali, tra gli allineati o tra i fuori-quadro. Questa presa ininterrotta sul corpo e sul tempo è finalizzata a garantire il miglior raccordo con i ritmi e le necessità del ciclo economico. « La coppia sorvegliare-punire si instaura come rapporto di potere indispensabile alla fissazione degli individui all'apparato di produzione, alla costituzione delle forze produttive, e caratterizza la società che possiamo chiamare *disciplinare* » (p. 213). Conclusivamente, fino al XVIII secolo il potere assume la forma visibile e cerimoniale della sovranità e a questa configurazione corrisponde un racconto storico che ha la funzione di ricostruire il passato del sovrano per legittimare e rafforzare il suo potere ⁽⁴⁾. Nel XIX secolo, il potere non si esercita più nelle forme solenni e vistose della sovranità, ma in quelle discrete e quotidiane delle discipline. Accanto a questo potere non appariscente e normalizzante, si forma un discorso che deve descrivere

(4) Su tale argomento, si veda diffusamente M. FOUCAULT, *Bisogna difendere la società*, a cura di M. Bertani e A. Fontana, Milano, Feltrinelli, 1998, pp. 43-205.

e rendere persuasiva e accettabile la norma. « Il discorso che parla del re può scomparire e cedere il posto al discorso del padrone, cioè al discorso di colui che sorveglia, dice la norma, distingue il normale dall'anormale, apprezza, giudica, decide: il discorso del maestro di scuola, del giudice, del medico, dello psichiatra [...] il discorso delle scienze umane » (p. 256).

Dall'originario intento di approfondire, nel vivo di un'esperienza militante, la genealogia delle istituzioni punitive e, in particolare, reclusive, Foucault trae due corsi che coltivano l'ambizione, coronata nel 1975 dalla pubblicazione di *Sorvegliare e punire*, di descrivere il potere moderno nella sinergia delle sue modalità coercitive e discorsive. Tre elementi, che accomunano i due corsi, meritano una breve ulteriore segnalazione.

Anzitutto, il fatto che nell'accostarsi al giuridico, e pur confrontandosi con una cospicua mole di fonti normative, documentarie e di letteratura secondaria, Foucault prediliga un approccio che va dalla fattualità della gestione dell'ordine pubblico alla testualità normativa o all'incapsulamento istituzionale di modalità operative la cui efficacia era già stata decretata sul terreno inappellabile degli scontri e delle lotte. Successivamente, il fatto che il potere di punire non viene mai considerato una trascrizione ideologica e « sovrastrutturale » di sottostanti rapporti di forza economici ma, semmai, come un meccanismo che concorre a dare forma ai rapporti sociali anche nella loro dimensione economica e nelle gerarchie e negli equilibri, più o meno stabili, che in quella si vanno definendo. Infine, e come conseguenza della considerazione appena svolta, Foucault rappresenta il potere di punire come una tra le risorse — non la sola, né necessariamente la più importante — di un ampio spettro di possibili strumenti che, solidalmente, sono imperniati sul prelievo di tempo, di sapere, o di ricchezza dalle vite degli individui.

Naturalmente, dovrebbe valere, forse a maggior ragione per questi corsi, lo stesso *caveat* che Foucault colloca a conclusione di *Sorvegliare e punire* al fine di sottolinearne la funzione di mappa di un percorso piuttosto che di sede di una verità disvelata una volta per sempre: « [...] infine ciò che presiede a tutti questi meccanismi, non è il funzionamento unitario di un apparato o di un'istituzione, ma le necessità di un combattimento e le regole di una strategia [...] In questa umanità centrale e centralizzata, effetto e strumento di complesse relazioni di potere, corpi e forze assoggettati da dispositivi di 'carcerazione' multipli, oggetti per discorsi che sono a loro volta elementi di

quella strategia, bisogna discernere il rumore sordo e prolungato della battaglia » ⁽⁵⁾.

ERNESTO DE CRISTOFARO

JACQUES GUILHAUMOU, *Cognition et ordre social chez Sieyès. Penser les possibles*, Paris, Editions Kimé, 2018, pp. 290.

Il potere della parola è l'immaginazione al potere. Una formula tanto abusata da suonare trita. Salvo che per qualcuno: e che « qualcuno »! Nessuno più di Emmanuel Sieyès è riuscito nel miracolo di conferire verità a questa proposizione la quale sotto la sua penna potente viene riscattata dalla condizione di slogan o di pia aspirazione per inverarsi con la forza del tuono. D'incanto, dal 1789 in poi, egli riesce a creare ciò che nomina; i segni linguistici che proferisce si trasformano in istituzioni e norme; la forza performativa del discorso si sprigiona con energia irresistibile travolgendo ogni barriera. Karl Marx, un intenditore in materia, riconosceva senza esitazioni a Sieyès la primogenitura di questo potere oracolare. Prima di lui Von Humboldt si era recato in pellegrinaggio da Sieyès per rintracciare, con la trepidazione ed entusiasmo di un esploratore di un corso amazzonico alla ricerca delle sorgenti, la primogenitura del liberalismo. E umilmente si era inginocchiato di fronte all'autore del lessico della modernità.

Ecco perché l'ultimo sforzo di Jacques Guilhaumou, un veterano degli studi su Sieyès, si impone all'attenzione tanto del giurista che dello storico, i quali dell'Abate conoscevano piuttosto bene la dottrina costituzionale. Appunto: la dottrina — e solo quella. Ma non ne avevano certo messo a fuoco, con gli strumenti della linguistica, l'unica e straordinaria capacità di elaborare dal nulla in piena logica nominalistica una semiotica totalmente inedita. L'impresa di Sieyès è tanto più impressionante che non poteva avvalersi di troppi precedenti. I fisiocratici: no! Rousseau: nemmeno a pensarci. I *philosophes*? Di scarso aiuto. Forse solo Condillac costituisce una fonte di ispirazione per questa creazione linguistica da zero, quando il filosofo afferma che « nommer, c'est donner un nom aux choses ». Ovvio si dirà. Niente affatto se, come osserva Guilhaumou, « l'innommable au niveau des représentations humaines, devient nommable par un acte de l'esprit ».

Non vi suggerisce qualcosa? Individuo, nazione, assemblea nazionale, potere costituente, rappresentanza: alcune delle celebrità tra

⁽⁵⁾ M. FOUCAULT, *Sorvegliare punire. Nascita della prigione* (1975), Torino, Einaudi, 1993², p. 340.

quelle che Sieyès chiama la « métaphysique politique », di cui sono gli ingredienti essenziali. Ingredienti, bisogna aggiungere, tanto potenti da riuscire a percolare dalle altitudini di questa « metafisica » a patrimonio dell'opinione pubblica, termine che ricorre nel periodare dell'Abate. La quale opinione non è però un'entità preesistente alle idee ma è da queste forgiata, trovando il proprio alveo nello spazio cognitivo reso possibile dalla rottura discorsiva che ha liquidato l'Antico regime.

Tanto è consapevole Sieyès del potere di nominare che egli parla in relazione al Terrore, da lui aborrito, di una « corruption de la langue » di cui è testimonianza esemplare la parola « popolo ». Vi è forse un popolo prima e fuori dalle istituzioni rappresentative? Certo che no per Sieyès, il quale rimane affezionato a quel primato della deliberazione quale veicolo necessario per decantare l'interesse generale, ridotto dai giacobini a caotica decisione delle assemblee primarie. In una sintesi di strepitosa modernità, così Sieyès definisce la deliberazione: « Quand on se réunit, c'est pour délibérer, c'est pour connaître les avis des uns et des autres, pour profiter des lumières réciproques, pour confronter les volontés particulières, pour les modifier, les concilier, enfin pour obtenir un résultat commun à la pluralité ». Come dire: la volontà generale — termine che egli detesta — non preesiste alla deliberazione rappresentativa; non scaturisce da una sommatoria di volontà sparse: trova il suo spazio legittimo nella rappresentanza.

Una volta operata questa constatazione bisogna però munirsi di un po' di prudenza nell'assecondare il nominalismo radicale di Sieyès, costellato di neologismi seducenti ma fuorvianti.

Sociologia? È un termine che ricorre spesso nelle sue pagine. Ma attenzione: non rinvia affatto ad alcuna scoperta di un primato della società sugli individui. La prospettiva rimane strettamente atomistica.

Governo e potere esecutivo? Sono i lemmi meno convincenti del vocabolario di Sieyès che tradiscono la sua totale incomprensione del funzionamento dell'apparato esecutivo in una società moderna. Il governo avrebbe secondo lui una identità rappresentativa e una funzione di stimolo e vigilanza alla quale sarebbe subordinato un non meglio definito potere esecutivo. Edmund Burke sarebbe inorridito! E già di motivi per scandalizzarsi ne aveva trovati parecchi...

Il punto è che Sieyès, l'uomo della fenomenali intuizioni politiche, resta inconsapevolmente prigioniero di potenti tradizioni culturali filosofiche che egli ritiene di avere esorcizzato con quella bacchetta magica la quale trasforma l'immaginazione in parola e la parola in istituzioni. Per questo prendiamo la libertà di distanziarci da Guilhaumou quando egli attribuisce senza esitazione a Sieyès l'etichetta di liberale.

Sì e no, è la nostra tanto prudente quanto insoddisfacente risposta. Lo è senz'altro nella centralità attribuita all'individuo; nell'anti-contrattualismo e nel rilievo assegnato all'interesse; lo è ancora riguardo al discorso sui diritti e i limiti del potere. Non lo è invece nel declinare concretamente le prerogative costituzionali, luogo dove si avverte —

eccome! — l'eco di una tradizione repubblicana che di liberale non ha proprio nulla.

Anche in Sieyès, cui ripugnava tanto il razionalismo dei *philosophes* quanto il volontarismo di Rousseau, il passato si è preso qui e là la rivincita sulla incredibile epopea della parola che lo aveva visto protagonista assoluto.

STEFANO MANNONI

Immaginare la Repubblica. Mito e attualità dell'Assemblea Costituente, a cura di Fulvio Cortese, Corrado Caruso, Stefano Rossi, Milano, FrancoAngeli, 2018.

Il rischio che incombe su ogni pubblicazione che esca in occasione di un anniversario, lo si sa, è quello di restituire dell'evento (o del personaggio) celebrato un'immagine pigramente stereotipata, quando non addirittura smaccatamente agiografica. Ora, va subito chiarito che non è questo il caso del volume collettaneo, affidato alla congiunta curatela di Fulvio Cortese, Corrado Caruso e Stefano Rossi. E non solo per la capacità di curatori e contributori di tenersi alla larga da « letture che tendono a *celebrare* piuttosto che a *riscontrare*, a *ricordare* piuttosto che a *descrivere* »⁽¹⁾. Ma perché rispetto all'oggetto della ricerca — ossia la stesura della Costituzione repubblicana — il volume adotta una prospettiva scientificamente critica, scegliendo di interrogarsi sulle cosiddette « mitologie della Costituente », ossia su quell'insieme di credenze — prodotte dagli stessi costituenti o dalle successive generazioni di commentatori — che hanno finito per produrre determinate narrazioni dell'epifania della nostra democrazia costituzionale. Già solo da questo si comprende bene quanto ricco di spunti sia il volume, che guida il lettore lungo un sentiero certo affascinante ma, al tempo stesso, non privo di insidie. Da un lato, infatti, è fuor di dubbio che il secondo dopoguerra incarni, costituzionalmente parlando, un « *temps des fondations*, un tempo che confina con il sacro e che diviene impresa prometeica »⁽²⁾. È dunque un tempo che ha bisogno del mito: di produrlo e di affidarvisi. Non stupisce dunque il desiderio dell'interprete di misurarsi sulla dialettica tra mito e realtà, per capire dove finisca il primo e dove inizi la seconda. Dall'altro lato, tuttavia, come

(1) Così C. Caruso nel saggio introduttivo al volume *Settant'anni di Costituzione repubblicana. Un'introduzione*, p. 20.

(2) Così S. Rossi nel saggio introduttivo al volume *Settant'anni di Costituzione repubblicana. Un'introduzione*, p. 15.

mette a fuoco efficacemente Barbara Pezzini, questa grande impresa demistificatrice non appare esente da rischi. Perché « se l'origine è (solo o prevalentemente) mito, se ne relativizza la forza » e ciò, applicato alla Costituzione, « equivale a ridurre/indebolire la distanza concettuale e normativa tra potere costituente e potere costituito »⁽³⁾.

Un'ipotesi quest'ultima peraltro espressamente evocata dal saggio di Morelli che, interrogandosi sul metodo di lavoro dei costituenti, correttamente individuato nella centralità del sistema parlamentare e nella decisa adozione di uno spirito cooperativo, apre una riflessione che finisce per attraversare anche i saggi di Pietro Faraguna sulla dimensione inter e sovranazionale della carta repubblicana e di Francesco Saitto sulla cosiddetta Costituzione economica. Due ambiti tematici, infatti, nei quali la decisa volontà del costituente italiano di evitare spaccature nel fronte antifascista suggerì di arretrare il punto di accordo, che finì quindi per risultare inevitabilmente più vago e indeterminato. Col paradossale risultato che proprio sui temi politicamente più divisivi, si finì per raggiungere le maggioranze più larghe. E se entrambi i saggi illustrano con dovizia di particolari il contesto storico-politico in cui quegli accordi nacquero, al tempo stesso interrogano l'interprete sulla loro natura: furono dettati dalla lungimiranza di un costituente che — per usare la celeberrima definizione di Calamandrei — progettò una carta presbite, oppure da meri calcoli di opportunità delle singole forze politiche antifasciste? Proprio dal saggio di Faraguna giunge una indicazione interessante per uscire dalle secche di tale, forse troppo manichea, contrapposizione. Si tratta, dice l'autore, di riconoscere che la Carta repubblicana italiana, così come le omologhe e coeve carte europee, non sono orientate a « dipanare il compromesso, ma a mantenere intatta la possibilità della sua esistenza »⁽⁴⁾, poiché contengono al proprio interno sia la tesi sia l'antitesi, il punto di equilibrio tra le quali diviene questione rimessa all'alternarsi delle maggioranze politiche, con l'unico vincolo però che nessuno dei due corni del dilemma può essere privilegiato fino al punto tale da compromettere le condizioni di esistenza dell'altro.

Ad un esercizio di equilibrio simile perviene anche Giacomo D'Amico, che dedica il suo saggio al tema classico e relevantissimo del rapporto tra Stato e persona. Ripercorrendo la vicenda della costituzionalizzazione del paradigma personalistico, ben incarnato « dalla figura dell'*homme situé* », secondo la celebre formula coniata da Georges Burdeau, D'Amico fa derivare proprio da esso la capacità della carta costituzionale di penetrare efficacemente l'intero ordinamento (di

(3) B. PEZZINI, *La qualità fondativa e fondante della cittadinanza politica femminile e dell'antifascismo: tra mitologia e attualità*, cap. XI del volume, p. 336.

(4) P. FARAGUNA, *Costituzione senza confini? Principi e fonti costituzionali tra sistema sovranazionale e diritto internazionale*, cap. III del volume, p. 94.

« *magmatica pervasione* »⁽⁵⁾ parla l'autore), superando la celeberrima dicotomia tra norme programmatiche e norme precettive, ma — più in generale — andando oltre alla tradizionale dialettica tra legge e costituzione che aveva animato la cultura giuridica del *Rechtsstaat* liberale⁽⁶⁾. Su questa strada D'Amico incrocia fatalmente quella che è forse opinabile considerare propriamente una mitologia, ma che certo incarna una delle questioni cruciali per l'attualità dell'interpretazione costituzionale: ossia il tema della presunta vocazione espansiva dei diritti. Un attento inquadramento storico delle celeberrime tesi di Paolo Barile (in questo senso oltre a D'Amico si veda anche il breve intervento di Bin⁽⁷⁾) sull'interpretazione estensiva delle norme in tema di libertà costituzionali, volto a contestualizzarle in un periodo di tempo in cui la capacità della carta di pervadere l'ordinamento italiano appariva molto debole, mostra come sarebbe assurdo pretendere tuttavia di trarre da esse la giustificazione di una pretesa sconfinata capacità espansiva delle norme costituzionali sulle libertà (nello stesso senso si esprime anche Nicolò Zanon⁽⁸⁾). Ancora una volta il problema è la ricerca di un equilibrio, che consenta di non appiattirsi sulle opposte estremità: da un lato la tendenza ad una certa insaziabilità dei diritti e, dall'altro, il ritorno di un paternalismo giuridico che vorrebbe l'individuo libero di muoversi solo entro lo spazio delimitato dal legislatore (ordinario). D'Amico ricerca una via d'uscita ancorandosi proprio al principio dell'*homme situé*, prospettiva « né di totale apertura [...] né di totale chiusura », ma in cui l'individuo è « protagonista del suo collocamento, del suo situarsi in un contesto piuttosto che in un altro »⁽⁹⁾.

Più che a disvelare mitologie sembrano invece indirizzati a problematizzare coppie di concetti dialettici i saggi di Camilla Buzzacchi (autonomia/centralismo) e Giuseppe Tropea (unità/specialità delle giurisdizioni), nei quali l'indagine storica delle scelte dei costituenti fornisce le coordinate concettuali indispensabili per interrogarsi sullo stato attuale dell'equilibrio tra i binomi e sulle sfide che, rispetto ad essi, l'attualità costituzionale pone. Assai più classici, invece, sono i temi affrontati da Chiara Tripodina (che si occupa del modo col quale il costituente immaginò e progettò il sistema di giustizia costituzionale) e

(5) G. D'AMICO, *Stato e persona. Autonomia individuale e comunità politica*, cap. IV del volume, p. 114.

(6) Cfr. M. FIORAVANTI, *Legge e Costituzione. Il problema storico della garanzia dei diritti*, in « Quaderni fiorentini », 43 (2014), pp. 1077-1094.

(7) R. BIN, *70 anni dopo. Attualità e mitologie della Costituente. Discutendo le relazioni di Morelli, Faraguna, D'Amico, e Saitto*, cap. VI del volume, pp. 170 e ss. in particolare.

(8) N. ZANON, *Alle radici del patto costituzionale. L'insegnamento del dibattito in Assemblea costituente ai testimoni del presente*, cap. XII del volume.

(9) D'AMICO, *Stato e persona*, p. 121.

da Massimo Rubechi (che ricostruisce invece l'annosa questione della forma di governo).

Per quanto concerne il primo, l'autrice, muovendo dalla ricostruzione di uno dei dibattiti in cui notoriamente il costituente dimostrò meno consapevolezza e dal quale emersero quindi un buon numero di mitologie, procede progressivamente a sgomberare il campo da ognuna di esse. A partire da quelle tesi che volevano la Corte costituzionale essere un organo meramente giudiziario, in grado di non sconfinare mai nel politico, per passare a quelle opposte che riponevano tanta fiducia nel legislatore da ritenere che esso avrebbe sempre saputo prendere « le opportune decisioni di fronte alle situazioni di incostituzionalità »⁽¹⁰⁾. E poiché l'autrice muove dalla condivisibile convinzione che « resta sempre il Parlamento il metro dell'attività della Corte Costituzionale »⁽¹¹⁾, anche nel passaggio dalle mitologie alle attualità, la ricerca di un equilibrio tra i due poli non viene mai meno. E così se tra le attualità resta fermissima la funzione della Corte di presidiare quei limiti giuridici invalicabili dal potere politico, ecco che il tema dei limiti si pone anche per l'attività della Corte stessa.

Sul tema annoso della forma di governo, invece, Rubechi sulla scorta della comparazione tra le due voci che l'*Enciclopedia del diritto* ha dedicato al tema (quella redatta da Leopoldo Elia nel 1970 e quella curata da Massimo Luciani nel 2010), ripercorre le evoluzioni che la forma di governo italiana — pur in assenza di alcuna formale modifica costituzionale — ha fatto registrare. Senza tuttavia dimenticare di sottolineare gli ormai notissimi profili di irrisolutezza che il dibattito costituente non riuscì a sciogliere e, forse, scelse di non sciogliere. Nodi irrisolti che dimostrerebbero quanto eccessiva risulti quella generalizzata « mitizzazione del suo operato [del Costituente], che colloc[a] il compromesso raggiunto al di fuori del contesto politico e di qualsiasi forma di ragionamento tattico »⁽¹²⁾.

Si è scelto di chiudere la rassegna dei saggi con questa considerazione perché, tutto sommato, ci pare particolarmente rappresentativa di un complessivo atteggiamento che attraversa l'intero volume. E fornisce pertanto una buona occasione per formulare alcune — tre per la precisione — considerazioni conclusive.

La prima. Esiste un obiettivo polemico che percorre carsicamente la raccolta di saggi e che si pone direttamente a monte della scelta di affrontare il tema delle mitologie della Costituente. Si tratta di quella che D'amico, citando Recalcati, ha definito « la tutela museale, religiosa

⁽¹⁰⁾ C. TRIPODINA, *Immaginare un giudice nuovo. La Corte costituzionale, i suoi strumenti, i suoi limiti*, cap. X del volume, p. 330.

⁽¹¹⁾ Ivi, p. 328.

⁽¹²⁾ M. RUBECHI, *La forma di governo dell'Italia repubblicana. Genesi, caratteristiche e profili evolutivi di un nodo mai risolto*, cap. VII del volume, p. 206.

del testo costituzionale »⁽¹³⁾, ossia la tendenza a rifiutare aprioristicamente ogni proposta di modifica della Carta repubblicana originata — si suppone — da un eccesso di mitizzazione del patto fondativo originario. Il che colloca direttamente questo volume all'interno di un quadro ben preciso, che affonda le radici nella recente campagna referendaria per la riforma costituzionale e quindi nelle « lacerazioni, non facilmente componibili »⁽¹⁴⁾ da essa prodotte, entro la cerchia dei cultori del diritto costituzionale. E se è vero, come ricorda Bin citando Ridola, che ogni rilettura dell'esperienza costituente è « inevitabilmente influenzata dalla situazione politica e culturale del momento »⁽¹⁵⁾, pare tuttavia possibile affermare, al termine di questa lettura, che il pericolo di un'analisi eccessivamente condizionata dalle scorie polemiche di quella campagna referendaria pare tutto sommato scongiurato. La stessa interpretazione del momento costituente come epocale patto fondativo, che molti dei saggi individuano come mitologia da ripensare, ne esce ridimensionata solo nelle sue declinazioni più acritiche. Restituire il dibattito costituente alla sua complessità storico-giuridica, infatti, finisce paradossalmente proprio per rafforzare lo spessore del patto fondativo medesimo, almeno nella misura in cui rende apprezzabile la traslazione dal piano del conflitto politico contingente (e dei relativi immediati interessi di bottega) al piano — squisitamente teorico-giuridico — della costituzione intesa come condizione di esistenza del conflitto medesimo.

Il che ci porta ad una seconda considerazione, che riguarda più da vicino lo storico del diritto il quale, essendo « per mestier suo, un relativizzatore e conseguentemente un demitizzatore »⁽¹⁶⁾, non può certo rimanere insensibile di fronte al proposito di demistificare mitologie giuridiche. Dunque ben vengano le analisi volte a rimettere in discussione visioni stereotipate del biennio costituente che volessero ridurlo al ricordo di un « passato puro e incorrotto »⁽¹⁷⁾; e ben vengano quindi gli sforzi di storicizzare quel dibattito, calandolo nel suo contesto politico di appartenenza e svelando dunque gli obiettivi nascosti e le opzioni tattiche che contribuirono ad orientare l'azione delle forze antifasciste. Ma tutto ciò non è ancora sufficiente. È non solo per gli evidenti e intrinseci limiti di un approccio di tipo originalista⁽¹⁸⁾, ma soprattutto perché non è nella ricerca di una presunta intenzione

⁽¹³⁾ D'AMICO, *Stato e persona*, p. 101.

⁽¹⁴⁾ BIN, *70 anni dopo*, p. 165.

⁽¹⁵⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁶⁾ P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 4.

⁽¹⁷⁾ CARUSO, *Settant'anni di Costituzione repubblicana*, p. 20.

⁽¹⁸⁾ La ricerca di un *original intent* del costituente è stata la bandiera in nome della quale una parte di dottrina costituzionalistica statunitense reagì per contrastare l'intenso protagonismo giudiziale della Corte Suprema che, sotto l'impulso del Chief

originaria del costituente che può esaurirsi il contributo della storiografia giuridica sul tema. Le costituzioni novecentesche vennero scritte dai partiti politici, è vero; ma se pretendessimo di ricercare nei loro programmi e nelle loro strategie le radici di tutte le scelte poi trasfuse nelle norme costituzionali, non andremmo molto lontano. L'ha illustrato recentemente, con la consueta efficacia, Sabino Cassese, richiamando l'interprete ad una visione più ampia del biennio 1946-48, capace di considerare l'enorme mole di fattori culturali che contribuirono alla determinazione dell'esito del « *melting pot* costituente »⁽¹⁹⁾. Dalle grandi voci lontane (quelle cioè di Mazzini, Cavour, Cattaneo, Beccaria...) di cui parlava Calamandrei, affezionato — come molti altri peraltro — all'interpretazione della Resistenza come secondo Risorgimento, fino alle elaborazioni dottrinali emerse nel vivacissimo dibattito che la giuspubblicistica italiana imbastì nel corso del ventennio, passando per le riflessioni che le diverse culture politiche antifasciste (da non far coincidere in maniera pedissequa con questa o quella formazione partitica) produssero.

Concludiamo infine con una terza e ultima considerazione, che vuole porsi come suggerimento verso possibili ulteriori direzioni di indagine. Tra i fattori capaci di condizionare il dibattito nel biennio costituente ve n'è anche uno sovente piuttosto sottovalutato, e relativo alla peculiare lettura della grande transizione culturale tra Ottocento e Novecento giuridico. Quella transizione, che non venne interpretata in maniera univoca neppure entro la cerchia composita della giuspubblicistica italiana, fu recepita in maniera affatto peculiare dalla classe politica antifascista che, vale la pena ricordarlo, aveva in larga parte una formazione di tipo giuridico. Ne conseguì un robusto ancoraggio da parte di quest'ultima a visioni, concezioni e assunti tipici di una cultura costituzionale marcatamente ottocentesca quali: la sovranità intesa come attributo dello Stato, il primato della legge e del Parlamento, la diffidenza verso la giustizia costituzionale e, forse, anche una peculiare visione della costituzione come *loi politique*. Anche questo dato influenzò, e forse in maniera ancor più profonda di quanto non fecero le pur innegabili esigenze strategiche dei partiti, molte delle scelte compiute dalle nostre madri e dai nostri padri costituenti.

MASSIMILIANO GREGORIO

Justice Warren, adottò una giurisprudenza marcatamente *liberal* in tema soprattutto di diritti civili. Sul punto, si veda O. CHESSA, *La novità delle origini. Recenti sviluppi del pensiero costituzionale originalista*, in « Diritto@Storia », 2014.

(19) S. CASSESE, « *Le grandi voci lontane* »: *ideali costituenti e norme costituzionali*, in « Rivista trimestrale di diritto pubblico », 1 (2018), p. 6.

Libertà e coercizione. Il lavoro in una prospettiva di lungo periodo, a cura di Giulia Bonazza e Giulio Ongaro, Palermo, New Digital Frontiers, 2018.

1. Il riferimento alle nuove prospettive offerte dalla *Global labour history* è centrale in questo terzo *Quaderno* della Società italiana di storia del lavoro (*SISLav*), che fa seguito ai volumi dedicati al 'lavoro mobile' e 'alle libertà del lavoro' ⁽¹⁾. Nata come risposta alla crisi della storia sociale del lavoro (connessa alla caduta della conflittualità sociale e al mutamento del quadro politico internazionale di fine Novecento), la *Global Labour History* propone un « ripensamento radicale » e un'espansione della storia del lavoro *oltre* le condizionanti visioni imposte dall'approccio eurocentrico e dal nazionalismo metodologico, *oltre* la tradizionale configurazione della *working class* ⁽²⁾. I due profili sono strettamente congiunti. Allargare lo sguardo significa cogliere il lavoro in tutte le sue forme (lavoro salariato, servitù, schiavitù, lavoro autonomo, domestico, di sussistenza) per poter scorgere realtà irriducibili alla lotta di classe, alla storia di una classe lavoratrice considerata esclusivamente come sinonimo dell'insieme degli operai salariati (e sindacalizzati) dell'industria ⁽³⁾; significa « attraversa[re] continuamente i confini temporali, geografici e politici, non lasciandosi imbrigliare da essi » ⁽⁴⁾. L'approccio globale e di lungo periodo contrasta il

⁽¹⁾ *Lavoro mobile. Migranti, organizzazioni, conflitti (XVIII-XX secolo)*, a cura di Michele Colucci e Michele Nani, Palermo, New Digital Frontiers, 2015; *Le libertà del lavoro. Storia, diritto, società* (a cura di Laura Cerasi), Palermo, New Digital Frontiers, 2016. I tre volumi sono liberamente scaricabili in forma digitale in rete <http://www.storialavoro.it/edizioni/>.

⁽²⁾ Il principale studio di riferimento è Marcel VAN DER LINDEN, *Workers of the World: Essays toward a Global Labor History*, Leiden, Brill, 2008.

⁽³⁾ Una prospettiva questa che da punti di vista diversi è stata fatta oggetto di critiche: Peter Acker (*Workers of the World? A British Liberal-Pluralist Critique of Marcel van der Linden's Global Labour History*, in « International Review of Social History », 62, 2017, pp. 253-269) scorge nella (troppo) ampia definizione di *working class* un'antistorica evocazione, entro uno schema vetero-marxista, di un indefinito 'proletariato' mondiale chiamato a contrastare il capitalismo globale. Van der Linden, il quale per altro verso era stato accusato di aver infranto schemi marxisti, afferma l'irrelevanza dell'adesione o meno al marxismo e insiste sulla *Global Labour History* come strumento di indagine essenziale per affrontare il *global turn*: « GLH is primarily a scholarly rather than a political project » (*Ghostbusting or Real Pluralism? A Brief Response to Peter Acker*, ivi, pp. 271-278).

⁽⁴⁾ Christian G. DE VITO, *La proposta della Global labour History nell'era della 'globalizzazione'*, in « Passato e presente », XXX (2012), pp. 177-188, p. 184.

rischio di perdere di vista la specificità dei contesti politico-istituzionali aggiungendo il microscopio al telescopio, per giungere a « una visione articolata del ‘globale’ », ‘seguire le tracce’ di individui, oggetti e idee oltre « una concezione chiusa della spazialità » e scorgere « singolarità connesse » (5).

In polemica con la ‘tradizione’ e con la concezione ristretta della *working class*, il volume curato da Giulia Bonazza e Giulio Ongaro contesta la visione ‘miope’ « che lega la modernità alla transizione da molteplici relazioni di lavoro al lavoro salariato », rifiuta le « riduttive e vuote » distinzioni fra lavoro libero/non libero, fra libertà e coercizione, ottenute richiamando la « libertà ‘giuridica’ » e l’astrazione del contratto (« non è la libera scelta, la presenza di un contratto o di una retribuzione a fare di un lavoratore un lavoratore ‘libero’ »), ricerca ‘singolarità connesse’ oltre le periodizzazioni imposte dalla centralità del movimento operaio. L’effettiva condizione dei lavoratori e delle lavoratrici deve, dunque, essere individuata utilizzando « altre categorie di analisi in grado di cogliere le sfumature del reale » e abbandonando divisioni ideologiche e giuridiche, geografiche e temporali, valicando i confini imposti dallo Stato-nazione, dalla rivoluzione industriale, dalla centralità del movimento operaio (VIII e ss.; p. XVI).

La programmaticamente esclusione di un confronto con la dimensione giuridica (formale, astratta) del lavoro non fa venire meno la necessità del confronto tra ‘il possibile’ e ‘il reale’, la necessità di un’analisi delle modalità attraverso cui gli attori sociali percepiscono e costruiscono confini, inclusioni ed esclusioni. La dimensione giuridica non è infatti semplicemente imposta dall’esterno ma sta all’interno del sociale, partecipa alla dialettica tra potere e resistenza, rende ‘reale’ o contrasta quanto i soggetti immaginano e/o vivono come condizione di libertà o di coercizione. La libertà ‘giuridica’ non può essere intesa soltanto come un manto gettato dall’alto a occultare la nuda concretezza della condizione di lavoro perché quella ‘forma’ provoca aspettative, genera conflitti, definisce identità che non possono essere trascurate dallo storico del lavoro. Consapevolezze queste emerse con nettezza nel *Quaderno SISL* dedicato al *lavoro mobile* — indagato mettendo in luce i nessi fra mobilità e conflitto sociale, i conflitti ‘verticali’ e ‘orizzontali’, i meccanismi di inclusione/esclusione e le affermazioni d’identità dei lavoratori (6) — e in quello intitolato *alle libertà del lavoro*, programmaticamente indirizzato a un confronto

(5) Christian G. DE VITO, *Verso una microstoria translocale* (micro-spatial history), in « Quaderni Storici », 2015, p. 815 e ss., p. 821. Si cfr. anche *Micro-spatial histories of global labour* (eds. Christian G. De Vito and Anne Gerritsen), New York, Palgrave Macmillan, 2017.

(6) *Lavoro mobile*, cit. Si vedano, in particolare, le pagine sui ‘forestieri’ nel saggio di Michele NANI (*Stampa di classe e mobilità nelle campagne ferraresi: “La Scintilla”*

critico con la dimensione istituzionale e giuridica per ripensare cesure e periodizzazioni della storiografia, per proporre un ampliamento del raggio cronologico e spaziale delle ricerche (7).

2. Sicuramente la presenza della libera scelta e del contratto non rende un lavoratore un lavoratore effettivamente libero. Il contrasto tra le parole e le cose non è però sempre uguale, emerge in maniera più netta dopo la rivoluzione industriale, dopo l'affermarsi del soggetto unico di diritto e le lotte per i diritti. La tensione tra il libero contratto e la dipendenza fissata nel rapporto evidenzia un'asimmetria che separa e unisce due mondi, media le disuguaglianze e conserva le gerarchie, legittima con la 'libera scelta' situazioni concrete di dipendenza, di coercizione, subordinazione, servitù, nuova schiavitù. La libertà di lavorare (il diritto di svincolarsi dal contratto, il divieto di impegnarsi a vita, il divieto di lavoro coatto) continuano anche dopo le solenni dichiarazioni rivoluzionarie di libertà 'giuridica' ad essere tradite da interpretazioni sbilenche dell'uguaglianza e da situazioni di fatto che vanificano le speranze di un'evoluzione pacifica dallo *status* al contratto. La libertà dei liberi che impegnano « la propria *opera al servizio altrui* » si nutre di distinzioni e classificazione che fissano *chi sta all'altrui servizio* ma oscurano a lungo *come si sta all'altrui servizio*. La 'reale' soggezione accomuna situazioni molto lontane (nello spazio e nel tempo), rendendo indistinguibile lo *status* di *chi* presta (o è costretto a prestare) lavoro. I confini giuridici non divengono però irrilevanti, le discontinuità non sono annullate. La libertà di lavorare e il divieto di obbligarsi 'al servizio altrui' per tutta la vita non si tradussero, certo, in diritto di lavorare e in effettive tutele giuridiche, ma alimentarono comunque discorsi, che non erano privi di 'realtà', contro « una schiavitù contraria alla libertà e alla dignità umana ». La stessa formalizzazione di fine Ottocento del « contratto di lavoro », anche se letta (come sostiene Alain Cottereau) come un « coup de force dogmatique » posto a svilire e falsare il « *droit des ouvriers* » presente nella prassi, ebbe comunque il merito di porre la questione della « dignità personale » dell'operaio nella dogmatica di diritto comune, di aprire contraddizioni nei discorsi 'immutabili' dei giuristi posti di fronte alla nuova realtà sociale del lavoro.

Al di là delle dichiarazioni programmatiche, tale impossibilità di prescindere da un confronto con la dimensione giuridica nella ricostru-

— 1901-1904), p. 37 e ss. e di Michele Colucci (*Sindacati emigrazioni, ricostruzione*, p. 182 e ss.).

(7) *Le libertà del lavoro. Storia, diritto, società*, cit. Si vedano in particolare le pagine di Laura Cerasi e Paolo Passaniti e il denso saggio di Maria Luisa Pesante (*Lavoro servile e lavoro salariato in prospettiva storica*, p. 76 e ss.).

zione della storia sociale del lavoro trova conferma anche in tutti i saggi presenti nel terzo *Quaderno* della SISLAv.

L'indagine su « libertà individuale e lavoro salariato » condotta considerando i rapporti di lavoro nell'edilizia pubblica dal XIII al XV secolo si muove oltre la centralità dello « *status* libero o meno dell'uomo che si impegnava a lavorare per un altro uomo » posta in rilievo dai giuristi, convinti che « la stipulazione contrattuale volontaria preservasse la condizione dell'uomo libero », indaga la disciplina delle assenze, dei ritardi e dei comportamenti illeciti dei lavoratori, il sistema delle sanzioni, il controllo del tempo di « rapporti di lavoro che si instauravano in una realtà caratterizzata dal pluralismo normativo e da meccanismi socio-economici condizionanti ». È in ogni caso l'« analisi congiunta di aspetti giuridici (norme e contratti), economici e sociali » che dà « consistenza » al rapporto di lavoro ⁽⁸⁾. E allo stesso modo, nel diverso contesto del mondo romano, la messa a fuoco delle concrete relazioni lavorative si confronta inevitabilmente con « i confini imposti dallo *status* giuridico del lavoratore »; uno *status* giuridico che, certo, non era specchio fedele del reale — troviamo lavoratori liberi imprigionati in una « rete di costrizioni », limitati « dal fatto stesso di essere lavorator[i] », e schiavi che « attraverso il lavoro pote[vano] talvolta acquistare spazi di autonomia inediti per la loro condizione giuridica » — ma non per questo le distinzioni giuridiche divenivano indifferenti nel caratterizzare la condizione del lavoro, nel fissare nessi tra lavoro e identità sociale ⁽⁹⁾.

Il sovrapporsi della condizione di schiavi e servi in età moderna è l'oggetto del contributo di Raffaella Sarti che riprende una ricca serie di suoi precedenti studi sul tema. L'analisi del passaggio dall'esclusione di soggetti non liberi 'per natura' all'esclusione di soggetti 'liberi', legittimata dalla retorica della 'scelta' di una 'servitù volontaria', è centrale nel fissare contraddizioni, incoerenze, discriminazioni, destinate a permanere ben oltre la solenne svolta della Rivoluzione francese ⁽¹⁰⁾. Coercizione e lavoro si sovrappongono nella vita quotidiana 'a servizio di un padrone': la « pluralità di termini » utilizzati per graduare 'libertà' non fa emergere marcate differenze fra condizione di lavoro che, « spesso asimmetricamente ed irregolarmente », si confondono e si sovrappon-

⁽⁸⁾ Pier Luigi TEREZNI, *I rapporti di lavoro nell'edilizia pubblica italiana (secoli XIII-XV)*, p. 37-30, e ss.; p. 52.

⁽⁹⁾ Alessandro CRISTOFORI, *Lavoro libero e lavoro non libero nel mondo romano: quale libertà?*, pp. 1-36. Si cfr. anche ID. *Lavoro e identità sociale*, in *Storia del lavoro in Italia — L'età romana. Liberi, semiliberi e schiavi in una società premoderna* (a cura di Arnaldo Marcone), Roma, Castelvecchi, 2016, p. 149 e ss.

⁽¹⁰⁾ Raffaella SARTI, *The Servant's Freedom. A Few Thoughts on Slavery and Service in a Long-Term Perspective*, p. 69 e ss.

gono in « un caleidoscopio di differenti condizioni di non libertà »⁽¹¹⁾. Nel bel saggio di Lorenzo D'Angelo — che intreccia storia ed etnografia per considerare le rappresentazioni e le pratiche di schiavitù e lavoro forzato nell'estrazione di diamanti svolta a livello artigianale in Sierra Leone nel Novecento — le labili linee di divisione tra situazioni di 'non libertà' sono ripetutamente attraversate, dopo l'abolizione definitiva della schiavitù nel 1928, in base a scelte e strategie, a forme di resistenza e di rivolta, di lavoratori protesi a conquistare una loro 'autonomia' in un contesto caratterizzato da un « complesso intreccio storico-culturale tra le diverse forme di sfruttamento e coercizione del lavoro ». Considerando in quel contesto storico-culturale « le complesse dinamiche relazionali messe in atto dai minatori a partire dalle loro diverse possibilità di azione », la valutazione del « lavoro in miniera come una forma virtuale di schiavitù » appare quantomeno « affrettata »⁽¹²⁾.

3. In un fitto dialogo con il presente, i saggi di Christian G. De Vito e di Eloisa Betti utilizzano la categoria flessibilità e precarietà, per seguire il controllo del tempo e dello spazio (della mobilità) nei rapporti di lavoro. La flessibilità è vista come strumento dei datori di lavoro per « sincronizzare la disponibilità di quella che percepiscono come la manodopera più appropriata con le proprie necessità produttive e politiche »; la precarietà è utilizzata per individuare « la percezione che i lavoratori e le lavoratrici hanno del(la mancanza di) controllo sul proprio processo lavorativo »⁽¹³⁾.

Concentrandosi sull'analisi del lavoro precario delle donne tra fordismo e post-fordismo in Italia, lo studio di Betti adotta la categoria della 'precarietà' per fare emergere come le condizioni precarie di lavoro dei soggetti 'periferici/marginali' fossero funzionali alla « progressiva stabilizzazione del proletariato durante il periodo fordista », per cogliere le contraddizioni del *welfare state* e l'incoerente costruzione dei diritti sociali⁽¹⁴⁾.

(11) Andrea ZAPPÀ, *“Il mestiere che facevo era di servire il mio padrone in quello mi comandava”*. *Quotidianità, coercizione e lavoro dei captivi cristiani nel Nord Africa barbaresco (XVII-XVIII sec.)*, p. 97 e ss.

(12) Lorenzo D'ANGELO, *Lavoro “libero” e “non libero” nelle miniere della Sierra Leone*, p. 197 e ss.

(13) Christian G. DE VITO, *Passato precario. Flessibilità e precarietà come strumenti concettuali per lo studio storico delle interazioni tra rapporti di lavoro*, p. 123 e ss. Le pagine propongono in veste ampliata un saggio (*Labour Flexibility and Labour Precariousness as Conceptual Tools for the Historical Study of the Interactions between Labour Relations*), pubblicato in Karl Heinz Roth (ed.), *On the Road to Global Labour History*, Leiden-Boston, Brill, 2017.

(14) Eloisa BETTI, *Genere e precarietà del lavoro in prospettiva storica. Le donne italiane e il lavoro precario tra fordismo e post-fordismo*, p. 163 e ss.

Più di lungo periodo e globale è, invece, l'uso di flessibilità e precarietà proposto da De Vito. E più accesa è la carica polemica nei confronti della « tradizione » (della storia del lavoro) che, ponendo al centro dell'attenzione i salariati e le loro organizzazioni, ha marginalizzato i « non salariati e coatti », escluso e rimosso quella storia degli 'altri', di *tutti* i lavoratori e le lavoratrici, che ora i *global labour historians* finalmente possono far emergere attraverso una « concettualizzazione alternativa » (pp. 155-156). Flessibilità e precarietà del lavoro sono così proiettate oltre « la vulgata » (che le vede come « un fenomeno recente, [...] conseguenza della 'globalizzazione neoliberista' »), oltre il rapporto lavorativo *standard* che « rappresenta un'anomalia storica nel capitalismo »⁽¹⁵⁾ per far emergere — contro la storia breve del lavoro — una storia lunga e 'vera', che mostra in controtuce nel presente una « soggettività di classe [che oggi] rinvia alla solidarietà transnazionale dei lavoratori subalterni trasversalmente a tutti i rapporti di lavoro e gli status contrattuali » (p. 161).

La lettura affascina ma provoca in questo caso spaesamento. Colpisce in particolare il fatto che De Vito, pur animato da un impegno civico militante, non usi mai nel suo saggio le parole 'diritto' e 'diritti', come se fossero parole logoratesi nella piccola storia di un breve trentennio, singolarità anomale di lavoratori *standard*, sempre più povere di storia e di connessioni nella realtà del mondo globale, sempre più incapaci di offrire 'discorsi', speranze e diritti.

GIOVANNI CAZZETTA

Pour une nouvelle éducation juridique, Massimo Vogliotti (dir.), Paris, L'Harmattan, 2018, pp. 227.

Il volume curato da Massimo Vogliotti, in gran parte frutto di un colloquio omonimo, tenutosi a Parigi nel giugno 2015 all'*Institut d'Études Avancées*, riporta meritoriamente l'attenzione sul tema strategico dell'educazione giuridica. E lo fa in maniera originale, da un lato aprendo interessanti prospettive comparative, sino a lambire i problemi posti dal diffondersi del diritto globale, dall'altro mettendo al passo la questione delicatissima dell'identità del giurista con gli incombenti processi di trasformazione degli ordinamenti giuridici del presente.

(15) De Vito (p. 127) riprende Marcel VAN DER LINDEN, *San Precario: A New Inspiration for Labor Historians*, in « Labor: Studies in Working-Class History of the Americas », 2014.

È lo stesso curatore, intanto, a ricordarci, in una intensa introduzione al volume (pp. 11-42), che la questione dell'educazione giuridica ha una lunga storia alle spalle, a partire — per limitarsi all'orizzonte contemporaneo — dall'inizio del XX secolo, in cui per la prima volta si avverte insistente il peso delle ristrettezze legalistiche che già spinge personaggi come Raymond Saleilles, François Gény, Léon Duguit ad immaginare un giurista diverso dall'abile tecnico in grado di maneggiare con maestria gli strumenti che la sapiente strategia codificatoria ha tradotto in una fitta rete sistematica di istituti giuridici. Già allora, una educazione giuridica tutta giocata in chiave positivistica iniziava ad apparire del tutto impari ai delicati compiti ermeneutici cui era chiamato il giurista investito dal rapido declino dello Stato di diritto ottocentesco e dall'altrettanto rapido complicarsi di un sistema di fonti del diritto rigidamente impostato sul monolitismo della legge.

Sortir du Néolithique, come intitola in un celebre saggio, nel 1957, il civilista e comparatista francese André Tunc, tuttavia, non solo non sarà né facile né rapido, ma non riuscirà a far approdare la questione dell'educazione giuridica, nel mondo di *civil law*, ad un risultato sicuro e convincente, coerente con il peso delle trasformazioni del Novecento giuridico.

Pochi progressi possono vantare, nel frattempo, le tecniche di insegnamento, se le « predicazioni dalla cattedra », tipiche di un metodo descrittivo di matrice prevalentemente dottrinale, stigmatizzate già da Vittorio Scialoja nel 1914, continuano ancora ad occupare un posto di rilievo e se anche oltralpe sono ancora le *stars des amphes* i docenti che monopolizzano il percorso formativo, riuscendo a calamitare nei grandi auditori il maggior numero di studenti. Il mix tra lezioni frontali e *travaux dirigés* introdotto sin dal 1954, ed oggetto di un'attenta riflessione comparata svolta in presa diretta da Walter Bigiavi, non ha impedito, neppure in Francia, che il livello della formazione giuridica scontasse notevoli difficoltà, oggetto nel volume di bilanci impietosi che denunciano, con inconsueta durezza, l'arcaismo disciplinare, l'isolamento pedagogico dalle altre scienze sociali, la pressoché totale sordità delle aule universitarie verso il mondo delle professioni e del diritto vivente e, non ultimo, lo spreco delle risorse umane e del denaro pubblico, causato dall'alto tasso di abbandoni e da una preparazione media largamente inferiore alle necessità del mercato delle professioni legali.

Che ci sia quindi bisogno di sperimentazioni coraggiose e di nuovi percorsi educativi, magari di eccellenza come quello avviato all'Università di Rennes — qui, ben illustrato nel contributo di Sylvain Soleil — non par dubbio. Ed il volume, in uno sguardo che spazia dalla Francia al Belgio, dal Lussemburgo al Canada francese, ne dà una opportuna illustrazione, segnalando un fervore di iniziative che dimostrano la crescente consapevolezza dei limiti del modello educativo tradizionale; la necessità delle aperture transnazionali e dello sguardo comparativo;

l'urgenza di un più intenso colloquio con il formante giurisprudenziale ed il metodo casistico, le cui profonde radici storiche sono efficacemente tratteggiate da Ferdinando Treggiari sulla scia di una tradizione perugina che rimonta all'indimenticata ricerca sulla *Educazione giuridica* promossa, negli anni Settanta, da Alessandro Giuliani e Nicola Picardi.

Al lettore dei *Quaderni* preme però segnalare anche quei contributi nei quali identità del giurista e questioni di educazione giuridica escono dallo stretto recinto della didattica e diventano una chiave di volta che abbraccia l'intima continuità con la ricerca, i meccanismi di circolazione del sapere ed il processo di comprensione dei mutamenti in atto.

Il merito particolare del volume consiste infatti nel fare della questione educativa una questione che non può essere confinata all'interno di qualche, pur meritorio, laboratorio didattico, ma che va invece necessariamente calibrata su di un obiettivo ed un progetto ad ampio spettro e di ampio respiro. Il richiamo *Pour une nouvelle éducation juridique* alimenta così un forum di discussione tra giuristi di diversi ambiti disciplinari, storici, filosofi, sociologi del diritto, che non solo condividono l'obiettivo di formare un giurista responsabile e non un mero possessore di tecniche, ma di formarlo attraverso una continua abitudine intellettuale a confrontarsi con le ragioni degli altri e delle altre esperienze giuridiche: attraverso, quindi, la consapevolezza della incidenza delle trasformazioni in atto, asse portante di una lunga fase di transizione ben lungi dall'essere terminata.

Il metodo tradizionale d'insegnamento non dimostra così soltanto le sue oggettive fragilità pedagogiche, denunciate sin dai primi decenni del Novecento, ma appare ormai l'ultima propaggine di un modello ottocentesco di ordine giuridico, a base strettamente nazionale e legislativa, che è già scomparso nei fatti.

L'Università di domani, per riprendere il celebre titolo progettuale, del 1923, di Piero Calamandrei e Giorgio Pasquali, dovrà tener conto di questi continui sommovimenti per formare giuristi responsabili e consapevoli. Giuristi — come ammonisce il bel saggio di François Ost — che dovranno dimostrarsi partecipi dei processi « de la supranationalisation et de la déterritorialisation » (p. 48), avvezzi al linguaggio multidisciplinare, abituati ad una « production de savoir sur le droit » (p. 50), che non può essere più affidata all'antico 'mandarinato' di una ormai evanescente dottrina, ma al concreto ed effettivo *ruling* dei grandi corpi giudiziari e amministrativi e, specialmente negli ambiti specialistici dell'arbitrato, delle prassi commerciali, delle telecomunicazioni, delle nuove tecnologie, alla produzione di sapere giuridico operata dalle grandi *Law Firms* internazionali.

Nell'immediato futuro, il « bon juriste » (p. 55) non potrà essere il tecnico meramente recettivo di un comando trasmesso dall'alto, sempre meno rilevante nel nuovo tessuto della legalità e dovrà impie-

gare doti di immaginazione, di fantasia, di colloquio con discipline altre che trascendano le rigide frontiere del diritto (Jacques Chevallier); dovrà essere l'interprete di una profonda « concorrenza di normatività » (p. 53), talvolta persino 'indistinta' (François Ost); dovrà essere formato attraverso una « *éducation juridique universaliste* » (p. 65) che abitui al relativismo e al pluralismo metodologico (Sabino Cassese).

È una sfida che anche gli storici del diritto devono accettare. Si tratta di una prospettiva già segnalata qualche anno fa dal Rapporto del *Wissenschaftsrat* sulle prospettive della *Legal Scholarship* in Germania, che quasi sorprendentemente — in un documento di stretta politica universitaria — riscopriva una sostanziale unità della scienza giuridica, fatta non solo di pubblico e di privato, di penale e di commerciale..., ma pure di *Grundlagenfächer*, di discipline teorico-fondative (storiche, filosofiche, di teoria generale, comparatistiche, sociologiche, politologiche...), esse stesse parte integrante della scienza giuridica, avvertite come indispensabili per la comprensione di un ordine giuridico, non più raffigurabile nella tranquillizzante stabilità codicistica e sottoposto ad un processo di trasformazione che investe i suoi stessi fondamenti.

Ed è appunto questa prospettiva che come storici dobbiamo intercettare, per rinfrescare, in un contesto non sempre favorevole, il colloquio tra storici e giuristi.

Lo potremmo intercettare, a mio avviso, sul piano didattico, attraverso una intensa comparazione verticale, isolando nei nostri corsi alcune tematiche di grande impatto: le tipologie statuali; i modelli costituzionali; la dinamica — sempre inarrestabile — delle fonti; le funzioni e i compiti pubblici; le autonomie dei privati; le forme di appropriazione e così via...

In una fase di accentuate, spesso vorticoso, trasformazioni, di intense circolazioni e di ibridazioni spesso imperscrutabili, in cui le ricorrenti ipoteche neo-pandettistiche denunciano quello che Pio Caroni, in un libro importante per queste tematiche, definiva « il naufragio della storicità », quel colloquio tra storia e diritto resta una preziosa ancora di salvataggio.

Abituare il giurista in formazione a sapere leggere solo il micro-fenomeno, la micro-fattispecie, aiuta a farne solo il modesto servitore del futuro padrone di turno.

Il giurista va al contrario liberato, spinto ad allargare il ventaglio delle possibilità, sollecitato ad immaginare alternative: quelle appunto che una ben impiegata comparazione verticale può davvero svelare.

« Se mirassimo a quest'ultimo tipo di giurista », ad un giurista, appunto, libero e responsabile — scriveva qualche anno fa Pietro Costa, in un volume della serie meritoriamente dedicata da Orlando Roselli e Vincenzo Cerulli Irelli all'*Osservatorio sulla formazione giuridica*, con parole che non saprei trovare di migliori — « potremmo sì confermare che la storia non serve a niente, ma potremmo aggiungere che è proprio la sua inutilità a renderla indispensabile ».

Anche questo è un modo, e probabilmente tra i più efficaci, attraverso il quale rendere più appetibili ed attraenti i corsi di giurisprudenza, nella profonda convinzione che il diritto, se indagato nella sua profonda ed ineliminabile storicità, continua a rappresentare uno dei principali e più efficaci strumenti di osservazione e di comprensione delle trasformazioni in corso.

BERNARDO SORDI

Lorenzo TANZINI, 1345. *La bancarotta di Firenze. Una storia di banchieri, fallimenti e finanza*, Roma, Salerno Editrice, 2018, pp. 170.

Marzo 1345. Una misteriosa combinazione celeste unisce Plutone a Giove. Come era già accaduto in tanti altri luoghi e momenti della storia dell'Occidente europeo, è il segno che qualcosa di clamoroso, forse di nefasto, sta per palesarsi.

I suggestivi calcoli astrologici riportati dal cronista Giovanni Villani costituiscono il punto di avvio della intricata vicenda che Lorenzo Tanzini racconta in questo volume. Così, le parole del cronista Villani imprimono la giusta carica di fascinazione ad uno zodiaco sfortunato che fa spiccare, fra gli eventi più drammatici di quel fatidico anno — le prime battaglie della Guerra dei Cent'anni, l'assassinio dell'erede al trono del Regno di Napoli Andrea d'Ungheria, le guerre tra cristiani e Turchi infedeli nel bacino del Mediterraneo, il propagarsi della piaga purulenta e mortifera della Peste Nera —, il più roboante tracollo finanziario che travolse Firenze e l'Europa intera durante gli ultimi sussulti del lungo tempo medievale: il fallimento delle compagnie bancarie dei Bardi e dei Peruzzi, generato dal rifiuto del re d'Inghilterra Edoardo III di restituire le somme che i banchieri fiorentini gli avevano prestato per finanziare le imprese belliche contro la Francia.

Ma «l'affaire inglese» non è che la crepa più dilatata di un edificio multilivello, dove i piani della politica e della finanza si incrociano pericolosamente (p. 15). Dentro questo tessuto unitario, questo grande contenitore, impreziosito e reso vivo, e vivace, dalle testimonianze di Villani e di altri cronisti fiorentini contemporanei, l'Autore intreccia abilmente due diversi motivi: quello privato e quello pubblico. Il risultato è un affresco che, per quanto dipinto con colori ricavati dal piccolo ma pur sempre privilegiato osservatorio fiorentino, prosegue, arricchendola di dati nuovi, una narrazione che, da tempo, suscita l'interesse e la riflessione di diversi specialisti di storia sia economica che giuridica: dagli studi di Umberto Santarelli e Francesco Migliorino sul fallimento e sui mercanti medievali; di Carlos Petit sulla fiducia mercantile; fino all'ampia storiografia economica sui banchi medievali e

protomoderni (Sergio Tognetti) e sulla politica monetaria (Carlo Maria Cipolla). Piccoli e intensi scorci di un panorama brulicante di uomini e donne che lo sguardo dell'Autore sorprende da vicino, mai in secondo piano, sollevando il velo impietoso dell'oblio posatosi sulle loro vicende non sempre memorabili e restituendo, così, al lettore, con un periodare fluido e leggero, i molteplici filamenti della trama: famiglie e compagnie, lettere di cambio e partite doppie, turbamenti morali e tabù religiosi, operatori finanziari e regnanti. Sullo sfondo, quasi in controluce, il lento ma progressivo farsi del tempo moderno.

Due diversi motivi, dicevamo.

Da una parte, c'è la Storia, anzi, ci sono le storie delle grandi compagnie bancarie del Trecento fiorentino. Bardi e Peruzzi, certamente. Ma non solo. A fallire nell'arco di un quinquennio che abbraccia gli anni 1341-1346, furono, invero, le compagnie degli Acciaiuoli, dei Bonaccorsi, degli Antellesi, dei Corsini, dei Da Uzzano, dei Perendoli, dei Cocchi, dei Castellani. Ci sono le « astruse alchimie finanziarie », il gusto del rischio e dell'azzardo, il brivido del successo, corso nonostante le regole etiche del tempo che — come gli stessi cronisti ricordano — invitano i Fiorentini a deporre gli « smodati desideri di potenza e ricchezza » in favore « della moderazione, della prudenza, della sobrietà » (p. 16). Storie di gruppi d'affari praticamente a conduzione familiare, con figli e parentado alla guida e dove la sicurezza dell'impresa è legata molto più ad accorte alleanze matrimoniali che al saper far di conto. Naturale implicazione della duplice anima familiare e mercatoria di queste società è la solidarietà di tutti i membri di fronte ai terzi — un retroterra storico ancora visibile nella società in nome collettivo, la cui ragione sociale altro non è se non l'evoluzione del patronimico della famiglia-gruppo; la *casa familiar y casa de comercio o casa y compañía*, di cui parla, per l'esperienza spagnola, Petit.

Compagnie — questa la veste giuridica delle nuove società d'affari nate nei primi decenni del Duecento nelle città toscane — che l'Autore paragona più a delle società di investimento e speculazione finanziaria a livello internazionale che a delle semplici banche. Costituite per contratto, che fissava patti e regole societarie, con la finalità di durare nel tempo, con un'amministrazione e un personale fisso stipendiato attivo, dentro e fuori sede, le compagnie bancarie operavano, soprattutto, come creditori di sovrani, principi e pontefici, ma anche come erogatori di mutui a privati e secondariamente — ma solo per carenza di documenti ricostruttivi — come luoghi di raccolta dei guadagni dei risparmiatori. Ma proprio sui depositi dei terzi le maggiori compagnie accrebbero le proprie sostanze atteso che il denaro dei risparmiatori (il cd. sovraccorpo) si sommava al capitale versato dai compagni-soci (il cd. corpo di compagnia), con rischi non da poco per i risparmiatori medesimi. I depositi, infatti, non erano remunerati con la partecipazione agli utili dell'impresa, ma con la corresponsione di

interessi fissi ed erano, quindi, esposti ai rovesci delle operazioni finanziarie.

Così come alla sfera privata, intima, quotidiana, appartengono le storie di tutto un tessuto economico cittadino che, più o meno, risente della congiuntura nefasta che soffoca i banchieri fiorentini: piccoli e medi fornitori nei vari traffici e affari internazionali delle compagnie. È la storia di un Francesco di Neri Ridolfi lanaiolo, « che doveva ancora finire di essere pagato » dai Dell'Antella, falliti nel 1341; di un Giovanni di Piero setaiolo che « vantava un avanzo di credito di oltre 213 lire »; o di un Lemmo di ser Cambio speciale « che aspettava il pagamento per aver fornito nel 1340 *zucharo e trigea e altre cose d'arte di speççiarìa* per la modesta somma di 24 lire » (p. 18).

Persone, individualità, cui la dannata congiunzione astrale del marzo di quell'anno non risparmia neppure le conseguenze terribili di una stagione climatica infausta; piogge torrenziali si susseguono l'una dopo l'altra, trascinandosi dietro i consueti ospiti indesiderati delle epidemie, delle carestie, della fame, del malcontento, come quello che animò lo scardassiere Ciuto Brandini a dar vita ad una *fraternitas*, prima forma di rivendicazione sindacale che la storia europea ricordi, e che finì impiccato.

Alla trama carnale dei privati si mescola quella pubblica. È il 22 febbraio di quell'anno, infatti, che il Comune cittadino — il quale, comunque, aveva avuto un ruolo attivo, di corresponsabile del collasso finanziario delle sue compagnie bancarie a causa dei pesantissimi gravami fiscali imposti ai mercanti — con una legge dichiara di non poter restituire i propri debiti ai cittadini e, di conseguenza, commuta i relativi titoli in buoni non redimibili che avrebbero reso un interesse annuo del 5%. Per un fisco abituato a reggersi soprattutto sulle forme di contribuzione indiretta (dazi e gabelle) e solo in circostanze straordinarie attingendo a imposte dirette, è la bancarotta (pp. 22-24).

Il punto di saldatura fra i due motivi viene individuato dall'Autore nella *fides*, nella fiducia smarrita, ora che depositare o investire denaro presso i banchieri non era più sicuro e nello stesso tempo il Comune si mostrava un debitore tutt'altro che affidabile, e nelle audaci strategie di intervento messe in atto per recuperare il senso di un istituto — quello fiduciario, appunto — inserito, fin dalle sue remote origini, nelle pratiche delle piazze mercantili non solo fiorentine ma di tutta Europa e con il quale il potere pubblico, sempre più bisognoso di risorse, comincia, proprio in quegli anni, a prendere maggiore dimistichezza.

Il pregio del volume risiede, giustappunto, nel racconto attento e partecipato, ricco di dettagli ma mai appesantito dai rimandi documentari e archivistici — che il lettore più esigente e curioso può ritrovare nelle note riportate in appendice —, dei provvedimenti di emergenza che il potere pubblico adotta per rassicurare i creditori senza annientare l'imprenditoria cittadina e guidare così la fuoriuscita della città dalla

perversa spirale di quel fatidico 1345, già alle soglie dei primi allargamenti spaziali che renderanno Firenze, tra fine Trecento e primo Quattrocento, la Dominante di un nuovo Stato territoriale.

Si decide di intervenire, prima di tutto, sul diritto fallimentare; ramo dell'ordine giuridico notoriamente estraneo alla tradizione del *Corpus Juris Civilis* e che i giuristi medievali reinventano di sana pianta, attingendo dal bacino profondo e radicato nel sociale delle regole consuetudinarie a carattere mercatorio. Un'opera di paziente e arguta costruzione che coinvolge scienza giuridica e legislazione statutaria delle città e delle corporazioni, unite nel comune sforzo di approntare una disciplina volta a sanare, anche con una non trascurabile carica punitiva — negli Statuti fiorentini del 1415, gli ultimi nella storia di Firenze, la materia del fallimento troverà spazio come appendice al libro terzo sulle cause criminali con il titolo di *tractatus de cessantibus et fugitivis* —, il pregiudizio che l'insolvenza, oltre all'eventuale fuga, del fallito — detto per questo cessante e fuggitivo — arrecava sia ai creditori che all'ordinata convivenza civile. L'intervento, tuttavia, non investe le pratiche della procedura fallimentare che gli Statuti cittadini scandiscono nelle fasi riconosciute e consolidate delle petizioni che i creditori di un singolo o di una compagnia rivolgono al Comune, della nomina dei sindaci fallimentari, dell'accertamento dei crediti sulla base delle scritture contabili, delle restituzioni e dei rimborsi, perché queste pratiche intervengono quando « la fase più acuta della crisi è già finita » e « il momento iniziale di confusione, il panico dei creditori e anche l'ostilità violenta contro i responsabili sono rientrati nei binari del processo e hanno lasciato spazio ai tecnicismi dei documenti scritti » (p. 65). Semmai, l'attenzione del potere pubblico si appunta soprattutto sull'istituto della rappresaglia — già oggetto di riflessione di un giurista dello spessore di Bartolo da Sassoferrato che gli dedicò il *Tractatus represaliarum* —, per cui in caso di fallimento o anche di danneggiamento si permette al danneggiato, specialmente se forestiero, di recuperare quanto perduto sottraendolo dai concittadini del colpevole che si trovano all'estero, con azioni di sequestro di beni.

Se si pensa al dato che, negli anni in cui si svolge la storia raccontata, c'erano più mercanti fiorentini all'estero che mercanti stranieri in tutto il territorio fiorentino, si capisce l'urgenza di misure su questo segmento dell'ordinamento. In poco tempo, vengono accresciute la struttura e le competenze del Tribunale della Mercanzia, istituito nel 1308 con l'intento di definire procedure giudiziarie *ad hoc* per i mercanti; nel gennaio del 1346 un obbligo di fideiussione per i forestieri che agiscono contro Fiorentini in cause presso i tribunali della città raggiunge il mirato effetto di scoraggiare l'iniziativa legale dei forestieri; poche settimane dopo, una modifica apportata allo statuto della Mercanzia, significativamente redatta in volgare, stabilisce che « a ciascuno forestiere per qualunque debito, obbligo o cosa che si facesse o trovasse per lo innanzi col Comune di Firenze e cum qualunque

compagnia, università o comunità o singolare persona [...] si faccia e osservi e fare e osservare si debbia in ciascuna corte e per ciascuno rettore, giudice e ufficiale de la città di Firenze ispedita ragione sicondo leggi imperiali e ragione comune solamente » (p. 72). Un deciso cambio di passo rispetto all'autorevole approccio di Bartolo — così come tratteggiato nei lavori, ad esempio, di Santarelli e Migliorino e, prima di loro, in quelli di Calasso —, per cui la buona fede, cuore dello *ius mercatorum*, si contrapponeva alle *apices iuris*, cioè alle sottigliezze del diritto. E tuttavia, la scelta di mettere per un attimo da parte la pretesa ad applicare una giustizia più flessibile nelle cause commerciali, anteponendo quindi all'equità le rigorose formalità del diritto comune, serve se non altro a rendere più macchinose le pratiche giudiziarie e più lenti i rimborsi e ridare, così, fiato agli operatori economici fiorentini.

C'è poi tutto il problema dei creditori chierici che, in forza del *privilegium fori*, pretendono di essere soddisfatti in via prioritaria, agendo presso i tribunali ecclesiastici del Vescovo o quelli centrali del Papa; prima, quindi, che fossero stati rimborsati i creditori che si appellavano alle ordinarie procedure fallimentari del Comune o della Mercanzia. Per ovviare a questo, sempre nell'anno della crisi, si stabilisce che nessun laico o ecclesiastico possa ricorrere ad una giurisdizione diversa da quella del Comune, pena l'annullamento dell'atto e la carcerazione, con estensione di punibilità alla famiglia del responsabile; legge che entrerà, poi, a far parte della redazione degli Statuti cittadini del 1355 (p. 78).

Dopodiché, sempre nell'ottica di gestire e superare la crisi, ci si affida al sistema di debito pubblico, il Monte, creato nel 1343 quando il Comune si trovò a vario titolo ad essere debitore dei propri cittadini, delle compagnie e di soggetti esterni per almeno 500.000 fiorini, all'indomani della fallimentare impresa di Lucca, caduta in mano pisana nel luglio del 1342, dopo mesi di disperati tentativi di mettere le mani sul principale nodo portuale toscano.

L'obiettivo prioritario torna ad essere quello di irrobustire la fiducia del Comune di fronte al mercato. Si comincia, così, a raccogliere i dati di tutti i cittadini creditori e a organizzarli in quattro voluminosi registri, redatti a partire dal 1347, dove, accanto al nome di battesimo dei cittadini soggetti alle imposte, distribuiti nei quattro quartieri della città, veniva indicato l'ammontare del credito che ciascun contribuente vantava nei confronti del Comune (p. 81).

Quei registri non avrebbero custodito delle semplici cifre; dentro quelle migliaia di fogli di pergamena, racchiusi in coperte di cuoio e legno e pesanti borchie metalliche — un rivestimento da far impallidire anche solo se confrontato con quello degli Statuti cittadini —, si doveva leggere l'impegno giurato del Comune di fronte ai suoi creditori. Impegno ulteriormente suggellato dalla decisione di rimettere i registri alla sorveglianza dell'Esecutore degli Ordinamenti di Giustizia. Non un magistrato qualunque, ma il magistrato forestiero (quindi imparziale),

tutore del regime di Popolo e della legislazione antimagnatizia. Un ufficio non politico quale migliore garanzia per sottrarre le voci di credito alle altalenanti sorti della politica cittadina, mantenerle invariabili nel tempo e consolidare così, nella duplice invocazione della sacralità dei registri dei creditori e delle leggi contro i Magnati, la *fides communis* (p. 83).

E proprio di fronte alle altalenanti sorti della politica bisogna sgombrare il campo dal timore, più o meno fondato, che i governanti possano, presto o tardi, dare un colpo di spugna alle recenti leggi sul Monte, soprattutto la legge del 22 febbraio 1345, rimangiandosi quel 5% di interesse annuo sui crediti irredimibili. I contemporanei, da Dante a Villani, sembrano non essersi mai fino in fondo fidati delle leggi fiorentine. Così si decide di ricorrere ad un originalissimo meccanismo di garanzia che venisse non dalle leggi stesse, bensì dall'esterno, niente meno che dalla Chiesa. Si stabilisce, infatti, che chiunque avesse inteso modificare le regole sul debito pubblico, intaccando soprattutto il principio dell'interesse annuo, avrebbe dovuto pagare una multa di 2.000 fiorini da versarsi per metà alla Camera del Comune e per l'altra metà alla Camera apostolica, cioè all'autorità finanziaria della Santa Sede (p. 84).

Infine, la direzione del Monte viene affidata ad una nuova magistratura, dal taglio inconfondibilmente politico. Cinque ufficiali scelti non attraverso il tradizionale meccanismo della tratta (o estrazione a sorte), bensì nominati direttamente dalla Signoria perché agissero come una *longa manus* del gruppo ristretto di governo della città, e la loro azione non fosse frustrata dalla rapida turnazione delle cariche pubbliche e, oltretutto, restassero estranei alla normativa statutaria sul divieto, cioè sul simultaneo cumulo di uffici nella medesima persona (p. 113).

Nel frattempo si crea un vero e proprio mercato del debito che imprime una inarrestabile e vivifica carica di mobilità a tutto l'edificio di recente costruzione. Così, fra le altre cose, i cittadini creditori sono incoraggiati a prestare altro denaro al Comune in cambio della restituzione integrale del loro credito pregresso, con enorme profitto. L'ombra peccaminosa dell'usura rischia di avvolgere in una stretta mortale questo gioco di mercato, queste acrobazie finanziarie sovente ai limiti della bieca speculazione, insinuando dubbi di moralità sul fatto di prestare soldi al Comune per trarne un guadagno. Perciò si fa leva sull'impegno degli intellettuali, come il francescano, vicario del convento di Santa Croce, Francesco da Empoli, perché né le autorità pubbliche né il ceto dirigente possono permettersi il lusso di vedere frustrato l'intero sistema del Monte con tutti i suoi vantaggi. La scelta ricade su di un colto seguace di Francesco. Non a caso. In quel tempo di transizione che è il Trecento, proprio gli Ordini mendicanti, su tutti quello dei Francescani — come studi ormai classici di Paolo Grossi dimostrano —, se da una parte abbracciano volontariamente la via della povertà come regola di vita, dall'altra ben conoscono sia l'egemonia

esercitata dal ceto mercantile sulle città — a Firenze, il massimo ufficio di governo, quello del Priorato, è dalla fine del Duecento diretta espressione delle corporazioni — sia i problemi di finanziamento della mercatura. Si assiste, pertanto, a quella che Santarelli definisce una storicizzazione del divieto dell'usura, consacrato tanto nel Vecchio quanto nel Nuovo Testamento, che, senza screditare la cogenza dell'antico precetto canonico, fa in modo di non convertirlo in un dannoso strumento di paralisi economica.

A tenere non è soltanto il sistema pubblico, quello delle pratiche giudiziarie fallimentari, dei laboriosi risarcimenti ai creditori, del finanziamento del debito. Anche il sistema privato ha i suoi anticorpi. Molte delle compagnie bancarie travolte dal *crack* sopravvivono attingendo alle loro proprietà immobiliari in città e nel contado. La terra non è soltanto un bene rifugio, ma anche una redditizia forma di investimento imprenditoriale, in particolare nel settore trainante per la Firenze del tempo, cioè la manifattura tessile soprattutto laniera: « avere importanti proprietà di terre e immobili specialmente nei dintorni di Firenze, lungo il nastro di energia idraulica dell'Arno, risultava un fattore cruciale per far funzionare l'impresa, perché consentiva di gestire l'intera filiera produttiva » (p. 103).

Il 1348 è, poi, l'anno della grande pestilenza che, però, anziché intaccare il sistema privato, lo irrobustisce. Banalmente e, purtroppo, anche cinicamente, perché la peste dimezza la popolazione ma lascia inalterati case, beni e denaro liquido. I superstiti si ritrovano ad avere accesso ad una quantità maggiore di risorse. Diminuzione della popolazione significa altresì, inevitabilmente, diminuzione della manodopera. Quindi, per far andare avanti botteghe e cantieri, i datori di lavoro devono necessariamente offrire ai lavoratori sopravvissuti al contagio condizioni salariali migliori, con un impatto altrettanto positivo sui prezzi dei beni al consumo, specialmente dei beni di prima necessità.

Il volume trova le sue pagine più suggestive nel momento in cui l'Autore descrive la pietra d'angolo dell'intero e complesso edificio della fiducia — fiducia verso le imprese, fiducia verso il Comune — sapientemente ma anche faticosamente messo in piedi dal potere pubblico negli anni fra il 1343 e il 1345 e cioè l'aspetto ideologico. Due i pilastri della strategica operazione di propaganda pubblica: da una parte, la natura di Popolo del regime, consacrata nel testo degli Ordinamenti di Giustizia composto sul finire del Duecento e poi successivamente rivisto, ora rin vigorita dal fatto di affidare la vigilanza sui quattro registri del Monte al magistrato dell'Esecutore; dall'altra, il guelfismo come evocativo non tanto dei sostenitori del Papa — come era nel significato originario dell'espressione —, ma di quei cittadini ligi alle direttive del governo che contavano, tra le loro fila, non pochi esponenti dell'ufficio di Parte Guelfa, temibile strumento della politica delle ammonizioni contro i presunti ghibellini.

Lo scopo di tutta questa operazione è semplice ma efficace: « agganciare le scelte politiche cittadine a un lessico evocativo, proiettato sulle grandi glorie del passato, del quale nessuno avrebbe mai potuto mettere in dubbio il valore. Grandi glorie che allo stesso tempo parlavano della continuità e della coerenza della politica cittadina, quindi accreditavano Firenze come un soggetto fedele nelle sue scelte, dunque affidabile e degno di credito » (p. 116).

Azzerando le reciproche contraddizioni, i richiami popolari e quelli guelfi si fondono caricando la collettività cittadina, più coesa che mai, di una irrinunciabile missione salvifica: fungere da vessillo della *libertas* — *libertas* come autonomia e indipendenza — di Firenze stessa e delle altre città toscane dalla ignobile tirannia dei signori di Milano. Ma abbracciare questa causa significa intraprendere nuove guerre per contrastare l'espansionismo visconteo e, nello stesso tempo, per soddisfare le proprie personali ambizioni di dominio sull'Italia centrale, e queste iniziative militari vanno finanziate, con conseguente allargamento del debito pubblico.

Di nuovo, il linguaggio della retorica — lo stesso che troverà, poi, nel Quattrocento dei raffinati cantori in Salutati, Bruni, Bracciolini e altri interpreti dell'Umanesimo civile fiorentino — sarà un carburante tanto forte e violento che alimenterà e nutrirà il collaudato sistema del debito pubblico, e che lo salverà dai turbini della guerra degli Otto Santi (1375-1378), del tumulto dei Ciompi (1378), fino al funambolico intermezzo popolare dell'ultimo regime corporativo-artigiano quando, nel gennaio del 1382, una brusca serrata del potere in senso oligarchico consegnerà il governo della città, e ormai pure del Dominio territoriale, ad un pugno ristretto di famiglie della migliore imprenditoria dell'industria laniera e serica: Albizzi, Alberti, Castellani, Pazzi, Ricci, Strozzi e naturalmente Medici. Proprio quei personaggi che avevano saputo accrescere le loro sostanze anche grazie agli investimenti nel Monte; gli stessi che, promuovendo la riscrittura delle regole statutarie nel 1409-1415, faranno inserire una significativa rubrica che, al di là del titolo *De fide data per comune servanda*, viene redatta in volgare — e, sulla valenza politica più che giuridico-pratica dei volgarizzamenti dicono molti gli studi di Federigo Bambi per Firenze e di Mario Ascheri per Siena — e che sancisce, a chiare lettere, l'affidabilità dell'autorità pubblica, del Comune, come debitore. Il risultato finale è il connubio perfetto, cuore del Rinascimento fiorentino, fra la sfera delle decisioni politiche e quella della gestione degli affari.

Alla fine, ci aveva visto bene uno che di mercato se ne intendeva, Cosimo il Vecchio, quando diceva che « il tesoro de' mercatanti è la fede, e quanta più fede ha il mercatante, tanto è più ricco » (p. 21).

A proposito di...

RICCARDO CAVALLO

L'IMMAGINARIO GIURIDICO NAZIONALSOCIALISTA

(A proposito della cultura e della scienza giuridica del *Terzo Reich* a partire dalle recenti ricerche di Johann Chapoutot) (*)

1. *Uomini tedeschi*: un mutamento antropologico. — 2. Decifrare l'enigma nazista: la ricerca di Johann Chapoutot. — 3. Venerare il passato (per riscriverlo). — 4. Un umanesimo nazista? — 5. Dentro la macchina giuridica del Terzo Reich. — 6. La legge del sangue. — 7. Un diritto penale del nemico (del popolo). — 8. Prendere sul serio il discorso giuridico nazista.

1. Uomini tedeschi: *un mutamento antropologico*.

« *Deutsche Menschen* » ⁽¹⁾. Questo il titolo apparentemente semplice dell'ormai leggendaria opera di Walter Benjamin, in cui il grande filosofo raccoglie una serie di lettere di personaggi che, in un modo o nell'altro, avevano portato lustro alla Germania tra fine Settecento e fine Ottocento (dal 1783 al 1883). L'antologia, preceduta da brevi commenti del filosofo, è il frutto degli interventi pubblicati (anonimi) a puntate sulla *Frankfurter Zeitung*, con lo pseudonimo di Detlef Holz ed editi — dopo diverse traversie — in forma di opuscolo nel 1936. Gli intellettuali tedeschi coinvolti in questa sorta di breviario della resistenza sono tra i più disparati (noti e meno noti): dall'etnologo e giurista Jacob Grimm, al filosofo di Königsberg Immanuel Kant, passando per il poeta romantico Friedrich Hölderlin. Ma tra tutti emerge in maniera silente o esplicita sicuramente incontrastata la maestosa figura di Goe-

(*) Il presente scritto trae origine dalla lettura critica della trilogia di J. CHAPOUTOT: 1) *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; 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 recentemente riaperto il dibattito sulla *Weltanschauung* nazionalsocialista e sulle sue inevitabili implicazioni giuridico-filosofiche.

⁽¹⁾ W. BENJAMIN, *Deutsche Menschen*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1962, trad. it. *Uomini tedeschi*, Milano, Adelphi, 1979.

the che ormai giaceva supino sul letto di morte: « l'uomo che, laddove ai suoi piedi le potenze della terra si disputavano la polvere che calpestavano, percorse l'universo su colonne d'Ercole » (2). La sua imminente scomparsa si avverte dal tenore della lettera del Cancelliere von Müller che aveva comunicato a Karl Friedrich Zelter tale doloroso evento e che funge da premessa (3) a tutte le altre e che Benjamin, non a caso, ritiene « il primo rintocco della campana che avrebbe annunciato la fine » di una precisa fase dell'umanesimo tedesco, ossia di quella che siamo soliti definire *Weimarer Kunstperiode* (4). Dietro tale scelta si può intravedere un disegno sicuramente più ampio, o meglio un tentativo di resistenza culturale messo in atto da Benjamin che, con la sua sensibilità fuori dal comune, aveva sicuramente già intravisto le prime crepe, invisibili agli occhi di osservatori poco attenti, nell'edificio culturale tedesco. Quello costruito dal filosofo è un vero e proprio *Pantheon* dell'umanesimo tedesco, un monumento eretto a una civiltà che rischiava di sgretolarsi in maniera inesorabile e che poteva essere compendiato come recita il sottotitolo e la stessa epigrafe: « Von Ehre ohne Ruhm, Von Große ohne Glanz, Von Würde ohne Sold ».

Con l'avvento del nazionalsocialismo si stava, infatti, assistendo ad un mutamento non solo politico, ma anche culturale e soprattutto antropologico: all'improvviso i numi tutelari della Germania sembrano irrimediabilmente fuori posto nel nuovo tempio del Terzo Reich, oppure dismessi gli usali abiti venivano rivestiti di nuove fogge assumendo delle connotazioni in linea con i nuovi valori del Regime ancora *in fieri*. Con il suo usuale sguardo profetico Benjamin aveva forse preconizzato ciò che di lì a poco avrebbe portato la Germania sempre più verso il baratro e perciò guardava, non senza nostalgia, ad un passato che sembrava ormai destinato a divenire sempre più una pagina ingiallita e polverosa della storia culturale tedesca, di cui sbarazzarsi in fretta. Ma come in tutti i regimi all'affermazione del *nuovo* si accompagna anche il richiamo ad una grande storia, vera o presunta. Nello *storytelling* nazionalsocialista ci si può chiedere allora quanto abbia pesato la specificità tedesca che aveva caratterizzato da sempre la sua storia politico-culturale nonché giuridica. O meglio, fino a che punto il Terzo Reich ha voluto instaurare un nuovo ordine del discorso nazista e, in ogni caso, in che modo in esso sono rintracciabili elementi di continuità e discontinuità con il passato della Germania. Per rispondere

(2) E. GANNI, *Prefazione*, in W. BENJAMIN, *Uomini tedeschi*, Torino, Einaudi, 2015 (*edizione digitale*).

(3) Come emerge dalla corrispondenza con l'editore, Benjamin per sottolineare l'importanza di questa lettera inventò addirittura la parola *bevorwortend*, derivata da *Vorwort* (ivi).

(4) GANNI, *Prefazione*, cit.

a tali abissali interrogativi sovviene una riflessione che, curiosamente non proviene da un pensatore tedesco, ma da un giovane e acuto storico francese: Johann Chapoutot. Quest'ultimo ha avuto l'arduo compito di confrontarsi nuovamente con l'enigma nazista dandone una rilettura diversa e inserendosi in un filone di riflessione ⁽⁵⁾ aperto da alcuni decenni non solo nel *milieu* francese con spunti interessanti anche e soprattutto sotto il profilo giuridico.

2. *Decifrare l'enigma nazista: la ricerca di Johann Chapoutot.*

Analizzare la *Weltanschauung* nazista, cioè l'insieme di norme, imperativi e doveri costitutivi del discorso nazista, o meglio, il loro universo mentale vuol dire inoltrarsi in una sorta di continente poco conosciuto o del tutto inesplorato. Tutto ciò comporta la disamina — attraverso un paziente e minuzioso lavoro di archivio — di migliaia di articoli e discorsi nonché di filmati diffusi in maniera capillare nella società e che, tra l'altro, hanno dato legittimità scientifica a tali discorsi. Da questo punto di vista, in realtà, i nazisti non hanno fatto altro che portare alle estreme conseguenze molte idee che tra la fine dell'Ottocento e gli albori del Novecento permeavano la società occidentale ⁽⁶⁾. In altre parole, per comprendere il nazismo dobbiamo sforzarci di pensare come i nazisti, cioè scandagliare a fondo il loro universo mentale. Pur trattandosi, di una sorta di provocazione intellettuale, lo studio delle idee naziste e della *forma mentis* degli attori che popolavano tale mondo, può diventare un fecondo paradigma epistemologico. Ma ciò comporta anche che lo storico da sempre avvezzo a indagare il più possibile il reale e le pratiche sociali modifichi il suo *modus operandi* confrontandosi anche con i testi teorici, i quali, al contrario, non devono essere volutamente tralasciati poiché possono rivelarsi una fonte privilegiata per comprendere proprio la storia e gettare nuova luce sul nazismo e le sue pratiche. Per eludere tale rischio occorre allora muoversi con estrema circospezione seguendo il cammino in parte già intrapreso dagli studiosi negli ultimi decenni soprattutto dopo il ritrovamento di una massa inedita di documenti rinvenuti nell'ex blocco sovietico e l'eco provocata in Germania dalla popolare mostra itinerante

⁽⁵⁾ In tale *nuovo* filone di ricerca storiografico riaperto nel *milieu* francese cfr. soprattutto 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 O. JOUANJAN, *Justifier l'injustifiable. L'ordre du discours juridique nazi*, Paris, PUF, 2017.

⁽⁶⁾ Cfr. G. MOSSE, *The Crisis of German Ideology: Intellectual Origins of the Third Reich*, New York, Grosset & Dunlap, 1964, trad. it. *Le origini culturali del Terzo Reich*, Milano, Il Saggiatore, 2008.

dell'*Hamburger Institut für Sozialforschung* intitolata, non a caso, *Ver-nichtungskrieg. Verbrechen der Wehrmacht 1941 bis 1944* che ha gettato un'ombra sinistra sull'operato delle forze armate tedesche re-sesi anch'esse responsabili durante la seconda guerra mondiale nella pianificazione e nell'attuazione dell'annientamento degli ebrei, dei prigionieri di guerra e della popolazione civile. Ciò ha fatto sì che un fronte alquanto variegato di studiosi si soffermasse sulle c.d. motivazioni ideologiche (la concezione nazista dei valori e del senso) andando ben al di là sia del discorso filosofico che tende a considerare del tutto superfluo lo studio di testi privi di alcuna valenza culturale, sia dello stesso discorso storico forse troppo proteso ad analizzare le sole dinamiche e pratiche sociali. Tale inedito percorso di ricerca — senza nessun intento giustificazionista — è stato inaugurato dalla storica americana Claudia Koonz con il suo pionieristico volume *The Nazi Conscience* (7) che si sofferma proprio sull'esistenza di un'etica nazista basata sulle conoscenze scientifiche dell'epoca riguardanti la razza e successivamente ripreso e sviluppato da altri studiosi fino ad arrivare alla quasi paradossale indagine sulla moralità del male (8). Del resto, comprendere non significa giustificare ma vuol dire ricostruire il nesso che all'interno di una determinata forma di vita *lega* una certa teorizzazione e una certa pratica (9). Seguendo questo inusuale percorso di ricerca gli atti compiuti dai gerarchi nazisti che ai nostri occhi acquisiscono una valenza del tutto riprovevole, invece, acquistano il loro senso in quanto parte integrante della *megamacchina* nazionalsocialista; così l'ideologia va intesa come partecipazione ad un progetto, o meglio, di adesione, per quanto parziale, al discorso nazista all'interno del quale i crimini trovano posto o senso. Un caso paradigmatico di tale *modus operandi* è proprio quello citato in apertura del volume *La legge del sangue* riguardante le argomentazioni etico-giuridiche addotte durante il processo dai medici nazisti accusati di crimini contro l'umanità per aver assassinato con iniezioni letali oltre cinquanta bambini ritenuti vite indegne di essere vissute. I giudici del *Landgericht* di Amburgo li ritengono *nicht schuldig*, in quanto hanno agito in linea con le idee dominanti all'epoca sia in ambito scientifico, sia nel *milieu* giuridico, come ripetono quasi in maniera ossessiva durante gli interrogatori. Anche se tali dichiarazioni possono apparire, per molti versi, incom-

(7) C. KOONZ, *The Nazi Conscience*, Cambridge (Mass.), Belknap Press, 2003.

(8) Cfr. R. GROSS, *Anständig geblieben. Nationalsozialistische Moral*, Frankfurt am Main, Fischer, 2010, nonché *Moralität des Bösen. Ethik und nationalsozialistische Verbrechen*, a cura di R. Gross, W. Konitzer, Frankfurt am Main, Campus Verlag — Fritz Bauer Institut, 2009.

(9) Cfr. P. BARCELLONA, *Diritto senza società. Dal disincanto all'indifferenza*, Bari, Dedalo, 2004, p. 10.

prensibili o fuori luogo non possono tuttavia essere derubricate *sic et simpliciter* sotto la voce follia o barbarie. Ipotesi alquanto suggestiva che però tende a chiudere del tutto il discorso senza un benché minimo elemento di comprensione di questi ignobili atti.

3. *Venerare il passato (per riscriverlo).*

Andando ben oltre la fitta coltre di *cliché* che si sono accumulati, a partire da una storiografia, per molti versi, datata, Chapoutot, forse anche grazie al suo sguardo obliquo, da studioso non tedesco, indaga ogni aspetto del mondo culturale nazionalsocialista ⁽¹⁰⁾. In particolare, lo storico d'oltralpe cerca di comprendere i valori e le pulsioni profonde che portano la Germania a mutare definitivamente il proprio volto, lasciandosi alle spalle quel patrimonio culturale cui Benjamin sembra già guardare nostalgicamente. Non bisogna equivocare però perché non si tratta di un vero e proprio taglio netto con il passato ma una sua rivisitazione: in un vorticoso crescendo il Terzo Reich cerca di appropriarsi del patrimonio fornito dall'Antichità con la sua *annessione*, *l'imitazione* e infine cercando di riecheggiare quest'ultima ⁽¹¹⁾. Come solitamente avviene nei regimi la storia viene riscritta e ogni avvenimento storpiato, enfattizzato o messo in sordina per adeguarlo significativamente ai nuovi valori per cui non basta deformare il presente ma occorre anche costruire un 'nuovo' passato tant'è che i nazisti metaforicamente non esitano a « disseppellire i morti, presentare i loro crani e i loro scheletri sullo scenario della scienza per strappare loro la prova capace di convalidare il discorso che genera il mondo fittizio » ⁽¹²⁾. Come nel mondo distopico e disturbante di *1984* di George Orwell si fa riaffiorare il passato per poi scarnificarlo allo scopo di renderlo fedele alla realtà totalitaria. Non si tratta, tuttavia, precisa Chapoutot di un'operazione simile a quella platealmente attuata dal Fascismo nei confronti del mondo romano, considerata più come una messa in scena o una sorta di carnevalesca parata, ma di una vera e propria *venerazione* da parte dei nazisti del passato, che guardano ad esso come luogo sacro delle origini per appropriarsi dello stesso, fino a cannibalizzarlo e sublimarlo nella *menzogna* nazionalsocialista.

Del resto, lo stesso Hitler sembra ben essere conscio della potenza dell'opera di scomposizione e ricomposizione della storia; tant'è che più volte nel *Mein Kampf* plaude alle capacità del suo ex professore,

⁽¹⁰⁾ Cfr. soprattutto CHAPOUTOT *La révolution culturelle nazie*, cit., in cui lo storico francese cerca di esplorare a fondo l'universo giuridico, morale e culturale del nazismo.

⁽¹¹⁾ Cfr. CHAPOUTOT, *Il nazismo e l'Antichità*, cit.

⁽¹²⁾ Ivi, p. 9.

Leopold Pötsch, di sapere evocare, alla stregua di un mago, il passato per farlo « risorgere e rinascere per l'edificazione e l'ispirazione dei suoi giovani discepoli » (13). La storia dunque, nella sua doppia accezione di *Geschichte* (i fatti che costituiscono il divenire umano) e *Historie* (la narrazione di tale divenire), diventa elemento cruciale, da modellare come morbida argilla per forgiare le giovani menti in maniera tutt'altro che disinteressata. La storia non è cronistoria o sequenza di eventi o gesta da imparare e recitare mnemonicamente, né tantomeno contemplazione nostalgica del passato. Al contrario essa, per volere del *Führer*, liberata dalla « zavorra » di dati e nozioni inutili, deve servire a mostrare la linea direttrice del divenire di una nazione, rispecchiando la politica sociale e razziale di quest'ultima, ovvero « selezione, eliminazione, epurazione » (14). In altri termini, la storia è spogliata dei dettagli, ridotta ai minimi termini e il regime non esita a celebrare genericamente la grandezza di una nazione senza discettare di « inutili » particolari per fornire un grado minimo di conoscenza necessario per essere partecipi degli affari politici del proprio paese, senza dimenticare che, senz'altro nelle priorità educative del programma scolastico nazionalsocialista la storia si trova, in ogni caso, ad un gradino inferiore rispetto all'educazione fisica, in perfetta linea con la generazione di guerrieri teutonici che si intende creare.

4. *Un umanesimo nazista?*

Questo non è comunque che un tassello dell'immenso mosaico della nuova concezione dell'educazione tedesca ispirata ad un netto rifiuto dell'individualismo e alla concezione dell'uomo come membro di una comunità. Ovviamente tale idea non è per niente nuova ma nasce anche dalla reazione degli studiosi del mondo antico che — di fronte al tentativo di mettere sotto scacco la cultura classica — cercano di rifondare un *nuovo umanesimo* (15) in grado di far dialogare tale cultura con i modelli imposti dal regime. Ma davvero può parlarsi di un umanesimo nazionalsocialista? Pur trattandosi di una questione non inedita (16), Chapoutot evita opportunamente di liquidarla conside-

(13) Ivi, p. 105.

(14) Ivi, p. 107.

(15) Intorno alla diatriba culturale sull'*Humanismus* in Germania si rinvia alle ricerche di L. CANFORA, *Intelletuali in Germania*, Bari, De Donato, 1979 e ID., *Cultura classica e crisi tedesca. Gli scritti politici di Willamowitz 1914-1931*, Bari, De Donato, 1977; nonché da ultimo, più in generale, cfr. M. CACCIARI, *La mente inquieta. Saggi sull'umanesimo*, Torino, Einaudi, 2019, pp. 3-14.

(16) Già Michel Foucault nel 1984, interrogandosi sulla distinzione tra illuminismo e umanesimo, aveva ipotizzato l'esistenza di vari tipi di umanesimo, da quello

rando tali termini nient'altro che un ossimoro ma, grazie all'analisi di una serie di saggi accademici, che non esita a definire « manifesti per un nuovo umanesimo »⁽¹⁷⁾, cerca di andare alla radice del problema. Non si tratta, infatti, di comprendere solo in che modo la Germania nazionalsocialista intenda modificare i propri programmi scolastici e i propri metodi pedagogici, ma di come si vuole trasformare ogni branca del sapere e della conoscenza, in breve, l'intera cultura tedesca. Tra tali *manifesti* forse spicca più di ogni altro lo sforzo teorico intrapreso da uno dei maggiori studiosi del mondo greco Werner Jaeger⁽¹⁸⁾, il quale — in un articolo edito nel 1933 e forse poco conosciuto — cerca di difendere (senza successo a dire il vero, visto che nel 1936 deciderà di emigrare negli Stati Uniti) il suo *Dritten Humanismus*, tentando di ricollegare le varie ondate dell'umanesimo con la storia spirituale dell'Europa e dello stesso Occidente⁽¹⁹⁾. Per Jaeger, l'equivoco da evitare per scongiurare il rischio che venga abbandonata del tutto la cultura classica è proprio prendere le distanze dalle altre due forme di umanesimo, rispetto alle quali quello nazionalsocialista sarebbe appunto una terza via.

Nello specifico, il nuovo umanesimo si contrappone al vero e proprio umanesimo del Rinascimento, ma anche al *secondo* umanesimo, vale a dire quello dell'epoca dei Lumi, la cui eredità è raccolta in epoca weimariana. In tal caso, infatti, a detta di Jaeger, l'individualismo apolitico e il liberalismo che aveva permeato tale cultura è da rigettare per abbracciare un tipo di umanesimo che si rifà più fedelmente ai valori del mondo antico che considera l'uomo un essere squisitamente politico. Secondo questa concezione, l'essere umano va considerato come parte integrante di una comunità e non come singolo ma anche come soggetto politico. Proprio il *politische Mensch*, colui che alla

cristiano a quello nazista, etichettati in entrambi i casi in termini negativi come ogni approccio che si basa su concezioni dell'uomo dubbie e fondate in maniera aprioristica sulla religione, sulla scienza o sulla politica. Cfr. R.J. BERNSTEIN, *The new constellation: the ethical-political horizons of modernity postmodernity*, Cambridge, Polity Press, 1991, trad. it. *La nuova costellazione. Gli orizzonti etico-politici del moderno/postmoderno*, Milano, Feltrinelli, 1994, p. 135.

(17) CHAPOUTOT, *Il nazismo e l'Antichità*, cit., p. 109.

(18) Su Jaeger e il *Terzo Umanesimo* si veda, almeno, il numero monografico della rivista « Il Pensiero », 17 (1972) con contributi di Mario Vegetti, Diego Lanza, Franco Repellini e Piero Innocenti, nonché il volume collettaneo, *Werner Jaeger Reconsidered. Proceedings of the Second Oldfather Conference, Held on the Campus of the University of Illinois at Urbana-Champaign, April 26-28, 1990*, W.M. Calder III (ed.), Atlanta, Scholars Press, 1992.

(19) Cfr. G. SOLA, *La formazione originaria. Paideia, humanitas, perfectio, dignitas, hominis, Bildung*, Milano, Bompiani, 2016 (edizione digitale).

stregua dell'uomo greco, assume un ruolo e una valenza ben precisa nella società solo in quanto iscritto nella *polis*. A dare una connotazione ulteriore a questo aspetto sovviene anche la riflessione del filosofo Alfred Bäumler, il quale « elabora la sua prospettiva filosofica di una metafisica pedagogica che rinnova l'imeneo classicistico di Grecia e Germania »⁽²⁰⁾. Il noto *esperto* di Nietzsche viene qui richiamato da Chapoutot per il suo tentativo di edificare una nuova forma di umanesimo, distaccandosi nettamente dalla cultura latina e cercando, al contrario, di creare un ponte con un classicismo 'germanizzato'; fermamente convinto che l'unica potenza spirituale è il nazional-socialismo — secondo Bäumler — l'eredità del passato che va recuperata è sicuramente quella proveniente dall'antica Grecia che, a differenza della *mollezza* dei costumi romani (più confacente alla tradizione dei francesi), può meglio rappresentare quell'umanesimo *vigoroso* che ben si concilia con l'umanità che il nazismo vuole plasmare, riscoprendo il pensiero greco, senza la lettura deformante della cultura romana per adeguarlo ai nuovi valori, in poche parole, un pensiero squisitamente « gerarchico, razzista, eugenetico »⁽²¹⁾ e, come tale, perfettamente congeniale alla *razza nordica* dei tedeschi. Secondo tali approcci teorici allora l'unica umanità cui far riferimento è quella corrispondente alla comunità di « uomini di razza indogermanica ». Ne viene fuori dunque un recupero della parte più *virile* e comunitaria della grecità collocabile in un ipotetico quanto paradossale *Mediterraneo nordico*, in cui certamente figurano l'esaltazione dell'eroismo e dell'abnegazione, del pensiero olistico e della conseguente rinuncia della propria individualità. L'educazione delle giovani generazioni tedesche, secondo tale approccio, deve dunque essere tutta tesa all'azione e al rifiuto dell'apprendimento di nozioni teoriche e formalismo grammaticale fine a se stesso: il modello di riferimento è appunto il *voller Mensch* greco, un uomo completo, « soldato politico, soldato della propria città e della propria razza, combattente dell'eterno Occidente contro l'eterna Asia »⁽²²⁾, che non ha più nulla dell'umanista dal pallore e dagli occhi arrossati tipici di chi si è ingobbito *inutilmente* sui libri. L'uomo nuovo che il Terzo Reich vuole creare è, non a caso, prima di tutto un corpo, sano, scolpito dallo sport e dall'esercizio fisico e celebrato nell'agone cui il giovane tedesco non può sottrarsi. La perfezione dell'eroe greco, già in Germania celebrato sin da Winkelmann, finisce così con il combaciare con la bellezza del corpo ariano, splendente nella sua purezza razziale, specie

(20) F. VERCELLONE, *Heidegger e Bäumler interpreti di Nietzsche*, in *Metafisica e nichilismo. Löwith e Heidegger interpreti di Nietzsche*, a cura di C. Gentili, W. Stegmaier e A. Venturelli, Bologna, Pendragon, 2006, p. 224.

(21) CHAPOUTOT, *Il nazismo e l'Antichità*, cit., p. 114.

(22) Ivi, p. 121.

se contrapposto a quello dell'umanità biologicamente degradata rappresentata nell'arte degenerata.

Il richiamo ai miti dell'Antichità, ai fini dell'edificazione di un *umanesimo nazista*, comporta, invero, non una mera accettazione di tale complesso coacervo culturale quanto l'attenta selezione di un determinato modello di classicismo, scevro dai suoi elementi universalistici, orientali e meticci (che, del resto, avevano decretato, secondo questo approccio, la fine di tale gloriosa tradizione) fino al punto da diventare sovrapponibile al mondo nazionalsocialista come una maschera mortuaria può esserlo rispetto al cadavere da cui ne è stato ricavato il calco.

5. *Dentro la macchina giuridica del Terzo Reich.*

Se la creazione di un possibile *umanesimo nazista* si rivela illusoria quanto fuorviante, allo stesso modo le magiche e rarefatte atmosfere del *mondo di ieri* magistralmente descritto da Stefan Zweig, lasciano il posto ad una società in preda al caos e al disordine. Anche gli artisti sembrano essere immersi dentro questo *maelström* ⁽²³⁾ se le pellicole di Fritz Lang mettono in scena il trionfo del crimine e se le tele di Otto Dix ritraggono corpi smembrati e putrefatti. L'unico saldo ancoraggio in una società siffatta sembra essere proprio la *Volksgemeinschaft* nazista che si pone in radicale antitesi sia alla nozione liberale di individuo, sia al concetto marxista di umanità. Ma come spesso accade se le menti più sensibili artisticamente avrebbero fiutato con un certo anticipo l'approssimarsi della tragedia nazista, occorre chiedersi quale sia stato all'interno dell'ordine del discorso nazista il ruolo dei giuristi in questa delicata fase di transizione e soprattutto se gli stessi siano stati un'ancora di salvezza o, al contrario, se non siano stati proprio loro i maggiori artefici di tale deriva. Lo storico francese sembra propendere più per la seconda opzione e procede ad una disamina attenta e minuziosa della letteratura in materia dalla quale emergono non solo le complicità ma anche il loro ruolo decisivo nella formazione di una solida base dogmatica del diritto nazista.

Inizia un'opera di rinnovamento del diritto ⁽²⁴⁾ a cui si dedicano alacramente i giuristi per manifestare la loro lealtà al *Führer* che funge da guida, o meglio, da vero e proprio *Träger* della minacciosa *macchina da guerra* giuridica nazista. Anzi, si assiste a una vera e propria lotta

⁽²³⁾ Sulla frenetica e brulicante vita artistico-culturale che pervade la Germania tra gli anni Dieci e gli anni Venti del Novecento cfr. da ultimo il suggestivo affresco di L. FORTE, *Berlino città d'altri. Il turismo intellettuale nella Repubblica di Weimar*, Vicenza, Neri Pozza, 2018.

⁽²⁴⁾ L'obiettivo comunque non era *sic et simpliciter* il rinnovamento del diritto ma il rinnovamento *tedesco* del diritto (*Deutsche Rechts Erneuerung*).

senza esclusione di colpi tesa a screditare i propri *concorrenti* e legittimarsi agli occhi del regime; ciò comporta, in alcuni casi, il ripensamento *ab imis* dei principali istituti o delle più importanti categorie giuridiche (25) e, in altri, addirittura lo stravolgimento di concetti già elaborati per renderli funzionali al regime (26). Anche i giudici svolgono una funzione ben precisa all'interno di tale perverso *marchingegno* impegnandosi in prima persona anch'essi nella lotta per l'affermazione del diritto nazista e dando luogo ad una inedita e, per molti aspetti, discutibile applicazione del diritto al caso concreto (27). Ben sintetizza tale fosco quadro Carl Schmitt il quale ricorre ad una significativa metafora che paragona l'applicazione della legge a una nave costretta ad una perenne navigazione tra la Scilla del legalismo e la Cariddi dello stato di eccezione (28); l'unica via d'uscita di fronte a tale *impasse* è proprio quella imboccata dal nazionalsocialismo, ossia la riforma del ruolo del giudice e del giurista in generale, il quale deve essere necessariamente sottoposto non tanto all'*astratto* e « ingannevole vincolo alla lettera storcibile di mille

(25) Sulla critica radicale alla nozione di diritto soggettivo e la proposta alternativa della *volkesgenössische Rechtsstellung* cfr. il volume di M. LA TORRE, *La « lotta contro il diritto soggettivo ». Karl Larenz e la dottrina giuridica nazionalsocialista*, Milano, Giuffrè, 1988; invece, per una ricostruzione piuttosto articolata delle tre correnti (prammatista, *gierkische renaissance* e nuova dommatica) in cui si divideva la dottrina costituzionalistica tedesca dell'epoca risultano ancora valide le considerazioni di C. LAVAGNA, *La dottrina nazionalsocialista del diritto e dello stato*, Milano, Giuffrè, 1938, pp. 75-168.

(26) Un esempio, per tutti, è il concetto schmittiano di popolo che da elemento politico-strategico (nel periodo weimariano) assume (dopo il suo *engagement* nazista) una connotazione più smaccatamente *völkisch* (cfr. R. CAVALLO, *La costruzione triadica dell'unità politica in Carl Schmitt*, in « Rivista internazionale di filosofia del diritto », 3 (2009), pp. 405-433).

(27) Cfr. B. RÜTHERS, *Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat. Verfassung und Methoden. Ein Essay*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014-2016, trad. it. *La rivoluzione clandestina. Dallo Stato di diritto allo Stato dei giudici*, a cura di G. Stella, Modena, Mucchi, 2015.

(28) « Così tutta l'applicazione delle leggi sta tra Scilla e Cariddi. La via in avanti sembra condurre a un mare senza sponde ed allontanarsi sempre più dal terreno fermo della sicurezza giuridica e dell'adesione alla legge, che pure è nello stesso tempo il terreno della indipendenza dei giudici; la via all'indietro, verso una formalistica superstitazione della legge che è stata riconosciuta senza senso e storicamente da gran tempo superata, non è pur essa meritevole di considerazione » (C. SCHMITT, *Staat, Bewegung, Volk. Die Dreigliederung der politischen Einheit*, Hamburg, Hanseatische Verlagsanstalt, 1933, trad. it. *Stato, movimento, popolo. Le tre membra dell'unità politica*, in ID., *Principi politici del nazionalsocialismo*, a cura di D. Cantimori, Firenze, Sansoni, 1935, p. 229).

paragrafi di leggi »⁽²⁹⁾ ma al più *concreto* e attendibile vincolo derivante dalla sua appartenenza alla stirpe tedesca. Viceversa, senza questo legame con la nazione e il popolo tedesco anche l'indipendenza e la « creatività » dei giudici sarebbe nient'altro che « anarchia » e scaturigine di « pericoli politici »⁽³⁰⁾. In altri termini, alla mancanza di oggettività della legge, dunque, si sostituisce l'*oggettività* del giudice, a patto che si tratti però di un giudice di *razza tedesca*, il cui vincolo con il diritto non deriva da un rapporto giuridico bensì da un legame biologico, o meglio, di sangue. Oltre alla guerra interna che tende ad annientare i nemici del popolo, l'altro fronte di lotta, forse non meno importante del primo, in cui cercano di muoversi agevolmente i giuristi nazisti è l'attacco frontale alle fondamenta del diritto internazionale⁽³¹⁾, considerato dal punto di vista epistemologico una sorta di non-diritto, o addirittura, una vera e propria aberrazione morale. Gli strali dei giuristi si appuntano contro le umiliazioni del Trattato di Versailles del 1919 che le potenze vincitrici della Grande Guerra avevano imposto alla Germania esasperando ancor di più gli animi già di per sé agitati e riaprendo vecchie e mai rimarginate ferite. In una ricostruzione storica non priva di ambiguità e forzature ermeneutiche si cerca di evidenziare le possibili analogie tra l'ordine internazionale nato dopo la pace di Westfalia del 1618 — la vera fonte dei mali della Germania — che aveva posto fine alla guerra franco-prussiana e ridotto all'impotenza la Germania smembrata in tanti piccoli Stati grazie al diabolico piano messo in atto dal cardinale Richelieu⁽³²⁾ e la pace anch'essa imposta del 1919 che tende, ancora una volta, a disegnare un nuovo ordine internazionale funzionale alle strategie delle potenze vincitrici e neutralizzare, una volta per tutte, la Germania. L'ordine giuridico-politico internazionale imposto dai *diktat* di Versailles, agli occhi dei giuristi nazisti, non solo viola le più elementari leggi della natura, ma il consenso dei tedeschi è avvenuto con l'inganno. Lo scambio di note tedesco-americano che aveva preceduto il Trattato e lo stesso discorso di Wilson che aveva stabilito, tra i quattordici punti, anche il diritto dei popoli a disporre di se stessi sono diventati successivamente *carta straccia* facendo prevalere il volto prevaricatore delle potenze vincitrici. In ogni caso, i Trattati non dovrebbero mai e poi mai essere delle dichiarazioni di guerra, bensì strumenti di pace, altrimenti si giungerebbe alla paradossale conse-

(29) *Ibidem*.

(30) Ivi, p. 231.

(31) Cfr. CHAPOUTOT, *La legge del sangue*, cit., pp. 255-294.

(32) Sull'ascesa di tale *machiavellica* figura nella Francia del Seicento cfr. R. ROMEO, *Richelieu. Alle origini dell'Europa moderna*, a cura di G. Pescosolido, Roma, Donzelli, 2018 che raccoglie le lezioni tenute dall'allora giovane storico alla facoltà di Lettere e Filosofia dell'Università di Roma durante l'anno accademico 1963-64.

guenza di ritenere un Trattato un atto di pirateria internazionale, soprattutto se si tiene ben a mente la massima *etiam hosti fides servanda*. Allo stesso modo, le clausole che stanno alla base del diritto internazionale *pacta sunt servanda* (elemento statico) e *rebus sic stantibus* (elemento dinamico) non vanno lette separatamente bensì integrate tra di loro, nel senso che il diritto non è affatto immutabile ed eterno, cioè teso a cristallizzare i rapporti giuridici internazionali ma sempre in movimento specialmente sulla base dei cambiamenti avvenuti, a cui dovrebbero attenersi i « guardiani del tempio positivista »⁽³³⁾.

Alla luce delle considerazioni sviluppate precedentemente allora l'autentico diritto internazionale (non più *formale* ma *sostanziale*) — per i giuristi nazisti — non è il diritto degli stati (*Staatenrecht*) ma un vero e proprio diritto dei popoli (*Völkerrecht*) e il principio-guida dell'ordine internazionale deve rimanere il vecchio motto federiciano del *suum cuique*. In ultima analisi, il bersaglio polemico rimane il positivismo giuridico soprattutto nella variante kelseniana che sta alla base del Trattato di Versailles e accorda troppa importanza alla forma e al diritto formale che, invece, dovrebbe venir meno quando entra in « contraddizione con il diritto della vita, con l'idea stessa del diritto, con la giustizia »⁽³⁴⁾.

6. *La legge del sangue.*

All'interno di questo meccanismo infernale i giuristi⁽³⁵⁾ sembrano indossare quasi compatti l'uniforme nazista interrogandosi ossessivamente sulla definizione di diritto e dandone una spiegazione, per molti versi, ovvia e scontata che, al di là dei *distinguo*, ruota sempre attorno ad una concezione *sostanzialistica* che considera diritto solo ciò che è *giusto* per il popolo tedesco. In questo senso quasi all'unisono si mettono al lavoro e attraverso un paziente lavoro di scavo genealogico nelle viscere dell'antichità cercano di far emergere dagli antichi scrigni tutti i concetti atti a forgiare il futuro *giurista-soldato* che, grazie alla cassetta degli attrezzi che gli è stata consegnata/ereditata, è in grado di attraversare indenne le *tempeste d'acciaio* della modernità.

Un ruolo di primo piano nell'elaborazione dei lineamenti filosofico-giuridici nazisti spetta ad un *singolare* giurista quale Helmut

(33) CHAPOUTOT, *La legge del sangue*, cit., p. 274.

(34) La citazione riportata nel testo di Chapoutot è tratta dallo scritto di E. TATARIN-TARNHEYDEN, *Völkerrecht und organische Staatsauffassung*, in « Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie », 2 (1936), pp. 295-319.

(35) Cfr. M. STOLLEIS, *Recht im Unrecht. Studien zur Rechtsgeschichte des Nationalsozialismus*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1994.

Nicolai ⁽³⁶⁾ che all'inizio degli anni Trenta del Novecento pubblica nella rinomata *Nationalsozialistische Bibliothek* il volume *Die rassengesetzliche Rechtslehre* ⁽³⁷⁾, forse « il primo testo dedicato alla teoria nazista del diritto » ⁽³⁸⁾. In questo discutibile scritto Nicolai parte dal presupposto che la biologia ormai pervade tutte le branche del sapere e dunque anche il diritto, anzi ne costituisce, a tutti gli effetti, il fondamento. Nel tentativo dunque di ancorare la filosofia del diritto nazionalsocialista alla biologia Nicolai arriva persino a coniare il neologismo *lebensgesetzliche* (proprio delle leggi della vita) che, più di ogni altro termine, sintetizza il suo approccio al diritto. In particolare, egli cerca di rimediare alla critica ricorrente della mancanza di leggi scritte alla base della cultura germanica delle origini sottolineando come ciò non vuol dire affatto affermare l'inesistenza del diritto. A riprova di ciò Nicolai richiama il *Sachenspiegel* che, malgrado non fosse un codice nel senso moderno del termine, viene ritenuto, a dispetto delle numerose opinioni di contrario avviso, lo scrigno del diritto consuetudinario di matrice germanica, ovvero un diritto che continua a vivere ancora in quella parte più sana del popolo tedesco rimasto fedele ai dettami della *razza nordica*. Sulla stessa falsariga si muovono gli altri giuristi che provano a tutti i costi ad allinearsi al regime andando alla ricerca spasmodica del diritto autentico e addirittura remando contro se stessi come quando esprimono la loro totale diffidenza verso la scienza giuridica affidandosi alla proverbiale saggezza del popolo, considerata la vera fonte del diritto: « meno scienza giuridica e più diritto, ecco l'avvenire » ⁽³⁹⁾. Per legittimare tali opinioni e dimostrare la prossimità tra diritto e folklore i giuristi arruolano nella loro armata anche un valente studioso come Jacob Grimm giurista ed etnologo richiamato persino da Benjamin che, non a caso, ma con intenti del tutto opposti, aveva riportato alcuni stralci ⁽⁴⁰⁾ in cui sembrava palpabile l'emozione provata da Grimm quando, stremato dall'immensa mole di lavoro necessaria per completare il suo vocabolario della lingua tedesca (*Deutsches Wörterbuch*), sembrava addirittura avere l'impressione che quella massa di parole, potessero sovrastarlo, affastellandosi una sull'altra, come fiocchi di neve che cadono incessabilmente, coprendo e sommergendo tutto. Anche in

⁽³⁶⁾ Cfr. M. HOUSDEN, *Helmut Nicolai and Nazi Ideology*, New York, Palgrave Macmillan, 1992 che, adottando un approccio metodologico rigorosamente di tipo kantiano teso a indagare non solo storicamente il nazismo ma anche il perché si diventa nazisti, si sofferma sulla vita e sull'opera del giurista nazista.

⁽³⁷⁾ H. NICOLAI, *Die rassengesetzliche Rechtslehre. Grundzüge einer nationalsozialistischen Rechtsphilosophie*, München, Eher, 1932.

⁽³⁸⁾ CHAPOUTOT, *La legge del sangue*, cit., p. 39.

⁽³⁹⁾ Ivi, p. 57.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. BENJAMIN, *Uomini tedeschi*, cit., p. 120.

questo caso si tratta di un coinvolgimento strumentale e forzato in quanto a fugare ogni dubbio sull'*intentio* di Grimm, Benjamin riporta le parole con cui egli si rivolge agli amati connazionali tedeschi, di qualunque paese e di qualunque fede ⁽⁴¹⁾. Un intellettuale così avveduto come Grimm ⁽⁴²⁾ ovviamente non poteva certo essere cosciente che *mettere in forma* le parole e riconoscere ad esse un significato autentico, quasi immacolato appunto come la neve richiamata dallo stesso, avrebbe comportato che, a distanza di tempo, all'orizzonte potevano profilarsi ombre cupe e minacciose tali da far riemergere quel paesaggio primordiale sepolto dalla coltre bianca che adesso assume però delle sembianze del tutto sinistre e lontane da quegli albori quando il diritto *concreto* che governava le vite dei Germani li rendeva un popolo libero e felice; ma tale libertà, secondo la ricostruzione nazista, viene messa al bando dall'erompere degli Ebrei che, incapaci di vivere a stretto contatto con la natura e le sue leggi eterne, decidono di obbedire in maniera ossequiosa al formalismo, al legalismo, e al positivismo che progressivamente hanno *contaminato* il corpo vigoroso ed energico della tradizione germanica ⁽⁴³⁾.

Un esempio ulteriore di tale forma di *contaminazione* è quella operata dal diritto romano da sempre spina nel fianco per i *puristi* del

⁽⁴¹⁾ Ivi, pp. 120-121.

⁽⁴²⁾ Cfr. L. MARCHETTI, *La fiaba, la natura, la matria. Pensare la decrescita con i fratelli Grimm*, Genova, Il Melangolo, 2015.

⁽⁴³⁾ Cfr. la prefazione di Y.C. Zarka (*Carl Schmitt ou la politique en chemise brune*) alla traduzione francese (*Carl Schmitt et les Juifs*, Paris, PUF, 2005) del volume di R. GROSS, *Carl Schmitt und die Juden: eine deutsche Rechtslehre*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2000 che dichiara di condividere sia l'ipotesi avanzata dallo studioso tedesco che considera l'antisemitismo come la chiave di volta della riflessione schmittiana sia il suo inevitabile corollario, ossia l'indissolubile legame tra l'antigiudaismo teologico e l'antisemitismo razzista. Di contrario avviso, invece, tra gli altri, G. BALAKRISHNAN, *L'Ennemi. Un portrait intellectuel de Carl Schmitt*, Paris, Éditions Amsterdam, 2006 (ed. or., *The Enemy. An Intellectual Portrait of Carl Schmitt*, London, Verso, 2000), il quale nell'introduzione all'edizione francese del suo volume, pubblicato a distanza di qualche mese dal precedente, considera l'antisemitismo schmittiano come la naturale conseguenza della sua adesione al regime; inoltre, Balakrishnan si sofferma sull'approccio di Gross considerandolo 'parziale' e 'discutibile', poiché esso si muove alla esclusiva ricerca di quei dettagli che possono essere utilizzati per dimostrare come l'ostilità nei confronti della figura dell'Ebreo attraverso tutta l'opera del giurista di Plettenberg, sottovalutando o non prendendo affatto in considerazione, gli elementi che mettono in discussione o contraddicono proprio tale aspetto (p. 13 e ss.).

diritto germanico ⁽⁴⁴⁾. Questa lotta tra i seguaci del diritto romano e quelli del diritto germanico è ben rappresentata dalla novella di Louis Aragon *Le droit roman n'est plus* ⁽⁴⁵⁾ che — oltre allo stile narrativo oltremodo avvincente — dimostra di sapersi anche abilmente districare nei meandri del giuridico. Essa trae ispirazione dalle tragiche vicende a cui lo stesso Aragon e la sua compagna Elsa dovettero assistere quando parteciparono attivamente nelle fila della resistenza francese contro l'occupazione tedesca e trasuda una forma di ostilità assoluta derivante dall'aver vissuto in prima persona tali nefandezze. La novella ruota attorno alla singolare vicenda del comandante Lüttwitz-Randau, giudice militare al tribunale di Valence in Francia, resosi responsabile di diverse condanne a morte contro i combattenti per la resistenza accusati di essere dei terroristi ⁽⁴⁶⁾. Ma per uno strano gioco del destino egli viene catturato proprio dagli stessi guerriglieri che lo processano e condannano alla pena capitale, ma la notte prima dell'esecuzione viene costretto a recarsi in auto nei luoghi che erano stati il teatro delle atrocità e delle sofferenze patite dal popolo francese durante l'occupazione tedesca. La figura del comandante che avrebbe dovuto — per le sue nobili origini — esecrare le brutalità plebee del nazionalsocialismo (e per questo era sorvegliato dai nazisti) era, in realtà, ideologicamente allineato al Regime e come si arguisce agevolmente da uno dei passaggi più rilevanti di tale novella elogia apertamente Hitler proprio per aver creato un diritto autenticamente tedesco, la cui legge suprema è la salute del popolo (tedesco) andando ben oltre le leggi scritte ed i codici ritenuti invece le strutture portanti del diritto romano identificato, tra l'altro, con il Codice napoleonico e dunque contrario allo spirito (giuridico) tedesco. Quest'ultimo, in realtà, promana dallo stesso *Führer* che addirittura come recita uno dei testi più esecrabili della produzione scientifica di Carl Schmitt *Der Führer schützt das Recht* ⁽⁴⁷⁾ viene ritenuto alla stregua di una divinità investita del compito supremo di salvaguardare l'ordine giuridico da possibili eventi disgreganti come quello derivante dalla ricezione del diritto romano.

⁽⁴⁴⁾ Cfr., tra gli altri, L. GAROFALO, *L'humanitas tra diritto romano e totalitarismo hitleriano*, in ID., *Fondamenti e svolgimenti della scienza giuridica*, Torino, Giappichelli, 2015, pp. 39-66.

⁽⁴⁵⁾ L. ARAGON, *Le droit roman n'est plus*, in ID., *Le collaborateur et autres nouvelles*, Paris, Gallimard, 2016 (edizione digitale).

⁽⁴⁶⁾ Cfr. D. BOUGNOUX, « *Le droit roman n'est plus* ». *Note sur un conte écrit par Aragon en 1944*, in « *Histoire de la Justice* », 1 (2008), pp. 201-203.

⁽⁴⁷⁾ C. SCHMITT, *Der Führer schützt das Recht. Zur Reichstagsrede Adolf Hitlers vom 13. Juli 1934*, in « *Deutsche Juristen-Zeitung* », 15 (1934), pp. 945-950, trad. it. *Il Führer custode del diritto*, in C. ANGELINO, *Carl Schmitt sommo giurista del Führer. Testi antisemiti (1933-1936)*, Genova, Il Melangolo, 2006, pp. 21-29.

Basti pensare all'articolo 19 del *Programma* della NSDAP che sancisce espressamente la sostituzione del diritto romano (materialista) con quello tedesco (spiritualista). Tale articolo deve essere collegato all'art. 24 che riprende il termine *materialista* e lo riempie di contenuti laddove afferma che la NSDAP lotta contro lo spirito giudeo-materialistico. Si tratta di una sorta di *communis opinio* diffusa tra i giuristi tedeschi aderenti al nazismo che, in un modo o nell'altro, hanno evidenziato il legame indissolubile tra diritto romano e *Weltanschauung* materialistica. Ne consegue che tutti i discorsi dei *Rechtswahrer* nazisti e, in particolare, quelli contenuti nelle pieghe dei testi del *Reichrechtsführer* Hans Frank sono intessuti di frequenti richiami all'influenza nefasta del diritto romano che, avendo ormai perso l'antico splendore, assume le fattezze di un diritto privo di vita e dunque morto, cioè che appartiene ad un'epoca storica ormai tramontata, al contrario di quello germanico che si modifica nel corso del tempo (diritto vivo) rispecchiandosi nella volontà del popolo. Da parte sua, il presidente del *Volksgerichtshof*, Roland Freisler, si spinge ancor più in là, incriminando non solo l'imperialismo romano, ma anche il cattolicesimo di area germanica, la rivoluzione francese e Napoleone portatori di una forma di imperialismo eterno. Ma il testo che più di ogni altro forse ha contribuito ad alimentare questa pericolosa mitologia è *La Germania* dello storico romano Tacito, la cui travagliata vicenda funge da « fondamento di una lunga tradizione e di un sentimento nazional-razziale divenuto col tempo sempre più inquietante »⁽⁴⁸⁾ quasi a suggellare storicamente tale ricostruzione⁽⁴⁹⁾.

7. *Un diritto penale del nemico (del popolo).*

Ma l'ambito giuridico in cui si dispiega maggiormente lo stigma nazista è il diritto penale⁽⁵⁰⁾ che assume anch'esso una connotazione belligerante nella guerra interna dichiarata dal regime contro i nemici del popolo e dello Stato. In questa lotta senza esclusione di colpi ogni oppositore del Terzo Reich è perseguito grazie alla predisposizione di

(48) L. CANFORA, *La Germania di Tacito da Engels al nazismo*, Napoli, Liguori, 1979 e dello stesso autore anche *L'usurpazione 'pangermanista' della Germania di Tacito*, in « Limes », 4 (1993).

(49) Cfr. MOSSE, *Le origini culturali del Terzo Reich*, cit., e, in particolare, il capitolo IV della parte prima (*I fondamenti ideologici*) intitolato *La riscoperta degli antichi germani* (pp. 101-130).

(50) Sull'essenza del diritto penale nazionalsocialista un riferimento imprescindibile risulta ancora, nonostante non sia recentissima, l'analisi compiuta da O. KIRCHHEIMER, *Criminal Law in National Socialist Germany*, in « Studies in Philosophy and Social Science », 8 (1939), pp. 444-463.

dispositivi di inclusione/esclusione ⁽⁵¹⁾, con la procedura ‘legale’ della custodia forzata nei campi di concentramento ⁽⁵²⁾, più simili ad una struttura militare che ad una prigione tradizionale (che sarebbe comunque troppo *soft* nei confronti dei *Volksfremde*) divenendo in breve tempo « lo strumento più completo e pervasivo dell’esercizio del terrore nella Germania nazista » ⁽⁵³⁾. Per entrare dentro la *forma mentis* che si cela dietro l’istituzione dei campi Chapoutot si interroga non tanto sulla ben nota scritta *Arbeit macht frei*, su cui già molto è stato sicuramente scritto, ma su quella che fronteggia il campo di Buchenwald: *Jedem das Seine* ovvero, « a ciascuno il suo ». Per uno strano scherzo del destino, tale scritta, forgiata da un artista del *Bauhaus* ostile al regime come Franz Ehrlich (a sua volta imprigionato per due anni nel campo della Turingia) rievoca il ben noto motto latino *suum cuique* che, lungi dal rappresentare principi di equità ed eguaglianza, riassume in questo caso il principio su cui si basa la giustizia nazionalsocialista ⁽⁵⁴⁾: « ciascuno deve ricevere in proporzione alla sua *Leistung*, alla sua performance e alla sua produzione, e ciascuno deve essere valutato secondo il criterio della sua razza » ⁽⁵⁵⁾. Non stupisce allora che il diritto penale del Terzo Reich — più di ogni altra branca della scienza giuridica — costituisca l’arma per eccellenza in questa *guerra* basata sulla contrapposizione *noi* (tedeschi di razza pura) — *loro* (ebrei, oppositori politici, omosessuali, delinquenti, comuni e chiunque altro possa minare l’ordine del regime nazionalsocialista). Del resto, come sottolineato efficacemente da Franz Neumann, dopo una prima fase in cui il diritto penale era « semplicemente autoritario » e il crimine era concepito ancora alla luce della teoria volitiva, successivamente « il diritto penale nazionalsocialista è passato dall’idea dello stato totalitario a quella dell’imperialismo raz-

⁽⁵¹⁾ Si rinvia a tal proposito alle ben note considerazioni espresse da tempo da G. AGAMBEN, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino, Einaudi, 1995.

⁽⁵²⁾ Sulle origini ottocentesche dei campi di detenzione e sulle sue successive declinazioni si veda, da ultimo, *Il controllo dello straniero. I “campi” dall’Ottocento a oggi*, a cura di E. Augusti, A.M. Morone, M. Pifferi, Roma, Viella, 2017.

⁽⁵³⁾ E. COLLOTTI, *Ordine e terrore nei campi di concentramento nazisti*, in « Quaderni fiorentini », 38 (2009), p. 703.

⁽⁵⁴⁾ Sulle scelte di politica criminale che permeano il modello di giustizia nazionalsocialista considerazioni interessanti sono rintracciabili in T. VORMBAUM, *Diritto e nazionalsocialismo. Due lezioni*, Macerata, Eum, 2013 e, da ultimo, in E.R. ZAFFARONI, *Doctrina penal nazi. La dogmática penal alemana entre 1933 y 1945*, Valencia, Tirant lo blanch, 2017.

⁽⁵⁵⁾ CHAPOUTOT, *La legge del sangue*, cit., p. 180.

ziale»⁽⁵⁶⁾ in cui si vira sempre più inesorabilmente verso un *diritto penale del nemico*⁽⁵⁷⁾. Perciò è necessario un vero e proprio capovolgimento del garantismo propugnato prima del 1933, figlio del liberalismo individualista e dell'illuminismo penale che, a detta dei giuristi nazisti, tutelava il criminale anziché il *popolo* tedesco. Nel rifiuto del formalismo e del rafforzamento del ruolo del giudice soprattutto spicca anche il rigetto del principio di legalità e d'irretroattività della norma penale nel senso tradizionale del termine⁽⁵⁸⁾. Come, infatti, afferma Hans Frank, avvocato del regime e poi tristemente noto come il « macellaio di Cracovia », era ormai necessario abbandonare il principio *nullum crimen sine lege* a vantaggio della massima *nullum crimen sine poena*, se non si voleva trasformare — parafrasando von Liszt — il codice penale in una sorta di *Magna Charta Libertatum* dei criminali⁽⁵⁹⁾. Oltre alla creazione di un diritto penale *deformalizzato* e sostanzialistico ne deriva, chiaramente, anche un utilizzo di tutti gli strumenti già ideati dalle dottrine della difesa sociale⁽⁶⁰⁾ e poi ripresi ed enfatizzati dal regime: dall'istituzione di tribunali speciali alle misure di sicurezza e di prevenzione passando per il rafforzamento dei poteri eccezionali della polizia. Al recupero dei postulati della difesa sociale si

⁽⁵⁶⁾ F. NEUMANN, *Behemoth. The Structure and Practice of National Socialism*, New York, Oxford University Press, 1942, trad. it. *Behemoth. Struttura e pratica del nazionalsocialismo*, Milano, Bruno Mondadori, 2000, p. 494.

⁽⁵⁷⁾ Sulla critica a tale concetto, ideato, com'è noto da Günther Jakobs, per indicare un regime di diritto penale differente rispetto a quello del cittadino, si rinvia alle considerazioni di L. FERRAJOLI, *Il "diritto penale del nemico": un'abdicazione della ragione*, in *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare*, a cura di A. Bernardi, B. Pastore, A. Pugiotto, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 161-175 nonché *Diritto penale del nemico: un dibattito internazionale*, a cura di M. Donini, M. Papa, Milano, Giuffrè, 2007.

⁽⁵⁸⁾ Cfr. D. FRASER, *German Law in Anglo-American Legal Scholarship, in Darker Legacies of Law in Europe: the Shadow of National Socialism and Fascism over Europe and its Legal Traditions*, a cura di C. Joerges, N.S. Ghaleigh, Oxford-Portland, Hart, 2003, pp. 102-103.

⁽⁵⁹⁾ La stessa idea la si ritrova anche nella riflessione del giurista Giuseppe Maggiore laddove espone come il principio di legalità debba essere inteso come un « principio di legalità fascista » (cfr. E. MUSUMECI, *The Positivist School of Criminology and The Italian Fascist Criminal Law. A Squandered Legacy?*, in *Fascism and Criminal Law. History, Theory, Continuity*, a cura di S. Skinner, Oxford-Portland, Hart, 2015, pp. 54-55).

⁽⁶⁰⁾ Su come il modello della difesa sociale abbia trasformato in concetto di pena in Europa e negli Stati Uniti si veda l'attenta ricostruzione di M. PIFFERI, *L'individualizzazione della pena. Difesa sociale e crisi della legalità penale tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2013.

associa anche l'adesione ad un determinato tipo di studio della criminalità, ovvero la *Kriminalbiologie* ⁽⁶¹⁾ che nutritasi dalle preoccupazioni igieniste e positivistiche di matrice ottocentesca ora si alimenta di nuova linfa grazie alla questione della razza. Agli oziosi, vagabondi, recidivi e vari disturbatori dell'ordine sociale che avevano già ingrossato le fila delle classi pericolose ⁽⁶²⁾ del secolo precedente si aggiungono i soggetti inferiori dal punto di vista razziale e ogni *degenerato* in quanto affetto da « tare biologiche ». Difatti nell'ottica determinista abbracciata dalla dottrina giuspenalistica nazista, secondo delle regole che dovrebbero seguire scrupolosamente quelle 'esatte' della scienza: « il difetto biologico provoca la colpa giuridica » ⁽⁶³⁾. Anzi, come precisa il giurista di regime Günther Stier il diritto penale va ancorato sulle leggi della vita. In poche parole, davanti ad una prevedibilità con percentuali prossime alla certezza, occorre prevenire, controllare, allontanare il criminale dalla comunità e, infine, eliminarlo definitivamente. In una parola, come sintetizza Kurt Daluege, ideatore della « lotta nationalsocialista contro la criminalità » ⁽⁶⁴⁾: *sterminio*.

8. *Prendere sul serio il discorso giuridico nazista.*

Se si studiasse attentamente ciò che successo nel mondo da quando gli uomini serbano il ricordo degli avvenimenti, si scoprirebbe senza fatica che, in tutti i paesi civili, a fianco a un despota che comanda, si trova quasi sempre un giurista che legalizza e dà sistema alle volontà arbitrarie e incoerenti del primo. All'amore generale e indefinito del potere che hanno i re, i giuristi congiungono il gusto del metodo e la scienza dei particolari di governo, che essi naturalmente posseggono. I primi sanno costringere momentaneamente

⁽⁶¹⁾ A tal proposito si rinvia a R.F. WETZELL, *Inventing the Criminal. A History of German Criminology, 1880-1945*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 2000 e, più in generale, per un quadro più ampio sulle teorie biologiche del crimine sviluppatasi tra Otto e Novecento, a *Criminals and Their Scientists. The History of Criminology in International Perspective*, a cura di P. Becker, R.F. Wetzell, New York, Cambridge University Press, 2006.

⁽⁶²⁾ Cfr. l'imprecindibile volume di L. CHEVALIER, *Classes laborieuses et classes dangereuses à Paris, pendant la première moitié du XIX siècle*, Paris, Plon, 1958, trad. it. *Classi laboriose e classi pericolose a Parigi durante la metà del XIX secolo*, Roma-Bari, Laterza, 1976.

⁽⁶³⁾ CHAPOUTOT, *La legge del sangue*, cit., p. 200.

⁽⁶⁴⁾ Come recita il titolo stesso dello scritto di K. DALUEGE, *Nationalsozialistischer Kampf gegen das Verbrechertum*, München, Zentralverlag der NSDAP, 1936, che, tra l'altro, si distingue anche dal punto di vista estetico per l'immagine forte usata nella sovraccoperta opera di Hans Schweitzer, meglio conosciuto come Mjöltnir, uno dei principali artisti impegnati nella propaganda di regime: su uno sfondo rosso vermiglio campeggia una mano possente che cerca di strangolare un serpente.

gli uomini a ubbidire; i secondi possiedono l'arte di piegarli, quasi volontariamente, ad una obbedienza durevole. Gli uni forniscono la forza; gli altri, il diritto. Quelli si conducono al potere sovrano attraverso l'arbitrio; questi attraverso la legalità. Dove queste due forze si incrociano, si stabilisce un dispotismo che lascia appena respirare l'umanità ⁽⁶⁵⁾.

A *fortiori*, l'acuta osservazione di Alexis de Tocqueville ben si addice al regime hitleriano dove il ruolo dei giuristi — malgrado il noto anti-intellettualismo del *Führer* — appare significativo nella costruzione di un ordine del discorso giuridico funzionale a tale regime. Basta sfogliare le migliaia di pagine vergate dai giuristi che intendono riscrivere il diritto nella sua totalità (dal civile al penale passando per il militare) dandogli, in molti casi, una connotazione *völkisch*. Sembra averlo ben compreso Chapoutot, il quale si addentra in maniera avveduta nelle *pieghe* dell'ordine del discorso nazista come si evince dalla lettura della sua accattivante trilogia. Tale percorso, seppur accidentato e pieno di insidie, presenta — come abbiamo cercato di spiegare nelle pagine precedenti — spunti di riflessione interessanti anche per il giurista contemporaneo in quanto cerca di mettere insieme le diverse tessere del composito mosaico giuridico al fine di dimostrare le complicità e/o le tentazioni degli intellettuali verso il potere ⁽⁶⁶⁾ e, nello specifico, quelle dei giuristi, molti dei quali, si adoperano per attribuire veste giuridica alla nozione di razza ⁽⁶⁷⁾.

Ben conscio di tale forte responsabilità, come un'anonima comparsa che si muove guardinga dietro le quinte del palcoscenico nazista alla ricerca dei meccanismi che svelano il funzionamento della messa in scena nazista, Chapoutot cerca di scrutare anche al di là delle consuete fonti normative, testi e immagini come film di successo, stampa, materiale didattico vagliando altresì scritti poco conosciuti di teoria giuridica, filosofica, politica, altrimenti abbandonati alla critica roditrice dei topi. Tali materiali apparentemente rudimentali, invece, si rivelano ad uno sguardo più attento alquanto fecondi e pertanto vanno *presi sul serio* poiché ci permettono di comprendere non solo l'universo mentale degli attori nazisti ma anche e soprattutto di afferrare quella violenza

⁽⁶⁵⁾ A. DE TOCQUEVILLE, *L'assetto sociale e politico della Francia prima e dopo il 1789*, in ID., *Scritti politici*, a cura di N. Matteucci, Torino, Utet, vol. I, 1969, p. 218.

⁽⁶⁶⁾ Cfr. da ultimo il bel volumetto J. DERRIDA, *La tentazione di Siracusa*, Milano, Mimesis, 2019 che riprende la *lectio* del filosofo franco-algerino in occasione del conferimento della cittadinanza onoraria avvenuta il 18 gennaio 2001 nella cittadina siciliana.

⁽⁶⁷⁾ Un analogo e ben riuscito tentativo di evidenziare le *complicità* dei giuristi nel riconoscere valore normativo alla nozione di razza durante il regime fascista è rinvenibile nelle pagine del volume di S. FALCONIERI, *La legge della razza. Strategie e luoghi del discorso giuridico fascista*, Bologna, il Mulino, 2011.

perpetrata dall'uomo nei confronti dei suoi simili e di cui molte volte si fa portatrice il diritto ⁽⁶⁸⁾. Del resto, come ammonisce Chapoutot, il nazismo come visione del mondo racconta una storia singolare che narra il passato della razza (le sue gesta eroiche e i suoi misfatti), ma si tratta di una storia con un'essenza normativa in quanto detta come agire e perché. Essa si dipana attraverso una triplice scansione storico-temporale che obbedisce a norme indotte o dedotte da alcuni postulati in cui i nazisti vogliono trovare conferma nella storia e si snoda a partire dal *tempo delle origini*, in cui il Germano viveva a stretto contatto con la natura passando per il *tempo della storia* che sancisce la fine della purezza incontaminata per la razza germanica che, nel frattempo è stata sopraffatta, contaminata ad opera degli Ebrei, per giungere al tempo escatologico che si emancipa dalla storia e si sostanzia in una sorta di *tempo senza tempo*. Allora l'unica via di fuga percorribile dall'uomo tedesco di fronte al caos imperante nella modernità rimane appunto « la legge del sangue, cioè quello che il sangue gli detta, quella che protegge e prepara il suo sangue e quella che comanda di versare il sangue degli allogeni » ⁽⁶⁹⁾.

La posta in gioco, da un punto di vista squisitamente filosofico-giuridico, è allora evidente. Al di là dei molteplici aspetti rinvenibili negli scritti dello storico francese, che dimostrano come la concezione del diritto naturale sia appannaggio quasi esclusivo della cultura giuridica nazista rispetto alla figura dell'Ebreo, rappresentante della Legge per antonomasia, Chapoutot sembra essere mosso dall'obiettivo di scagionare il positivismo giuridico dall'accusa di essere stato complice dell'avventura nazista. Ovviamente molte sono le *linee di frattura* tra la scienza giuridica nazista e il positivismo giuridico, ma forse sarebbe stato opportuno porre l'accento anche sulle altrettanto evidenti e, al tempo stesso, pericolose *linee di continuità* di quest'ultima corrente di pensiero — incarnata soprattutto dalla riflessione di Kelsen — con il nazismo. Basti pensare all'ammonimento — per molti versi ancora attuale — di Renato Treves che già in anni lontani, da profondo conoscitore della cultura giuridica tedesca, e, in modo particolare, dell'*opus* del giurista praghese, sottolineava le paradossali contiguità tra il positivismo giuridico di Kelsen e le teorie naziste, quando in un breve ma straordinario saggio — teso a mettere radicalmente in discussione la pretesa della dottrina nazista di appropriarsi dei concetti dalla riflessione di Hegel — molto opportunamente scriveva:

nelle critiche al formalismo individualistico, nella affermazione della superiorità del diritto pubblico sul diritto privato, del diritto oggettivo sul

⁽⁶⁸⁾ Cfr. il noto saggio di W. BENJAMIN, *Zur Kritik der Gewalt* (1921), trad. it. *Per la critica della violenza*, a cura di M. Tomba, Roma, Edizioni Alegre, 2010.

⁽⁶⁹⁾ CHAPOUTOT, *La legge del sangue*, cit., pp. 373-374.

soggettivo e in tutti quegli altri punti di contatto coll'hegelismo [...] è poi del tutto chiara l'impossibilità di rilevare un intrinseco e sostanziale collegamento perché, evidentemente, questi principi non sono caratteristici delle due concezioni, ma sono molto diffusi anche in dottrine diverse e, perfino, nettamente opposte. Di ciò può costituire un tipico esempio la dottrina del Kelsen che è accanitamente avversata dagli scrittori della nuova Germania sebbene sostenga proprio quegli stessi principi di riduzione del diritto privato al diritto pubblico e del diritto soggettivo all'oggettivo che, secondo tali scrittori, dovrebbero essere posti a fondamento della rinnovata scienza tedesca ⁽⁷⁰⁾.

⁽⁷⁰⁾ R. TREVES, *La filosofia di Hegel e le nuove concezioni tedesche del diritto e dello Stato*, in « Annali dell'Istituto di scienze giuridiche, economiche, politiche e sociali dell'Università di Messina », 8 (1935), p. 304.

ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ

POR QUÉ CICERÓN NOS SIGUE INTERPELANDO HOY

(A propósito de Fernando H. Llano Alonso, *El gobierno de la razón: la filosofía jurídico política de Marco Tulio Cicerón*, Madrid, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pp. XXIII-201)

1. Presentación. — 1.1. Un libro global que ilustra e interpela. — 1.2. La hipótesis historiográfica implícita, de carácter idealista. El predominio de las ideas liberales en la cultura occidental. — 2. Cicerón nos interpela como juristas. — 2.1. Teoría del Derecho, equidad e interpretación. La aparición de la formulación de una juridicidad mínima: *vi e interpretatio*. — 2.2. Los inicios de un nuevo saber jurídico estructurado por principios. — 3. Cicerón nos interpela como ciudadanos. — 3.1. Patriotismo republicano y legado doctrinal de Cicerón en el pensamiento político. — 3.2. Algunas consideraciones sobre el patriotismo republicano. La *concordia ordinum*. El patriotismo como virtud cívica y la teoría de las dos patrias. — 3.3. El legado ciceroniano en la teoría política renacentista italiano y en la tradición jurídico-liberal anglosajona. — 4. Cicerón nos interpela como hombres. — 4.1. El Humanismo cosmopolita como clave de bóveda. — 4.2. Eclecticismo y potencia de la dimensión ética: razones de una larga fortuna. — 5. Epílogo.

1. *Presentación.*

1.1. *Un libro global que ilustra e interpela.*

El libro del que surgen estas reflexiones tiene una acentuada característica: es un libro global sobre Cicerón. Puesto que hablamos de la obra de uno de los autores más preeminentes de nuestra cultura occidental, objeto de innumerables análisis y exposiciones que configuran una literatura de la que se desconocen sus confines, apellidarle libro global tiene un preciso y buscado propósito, poner de relieve que el libro persigue una presentación de conjunto de la filosofía jurídico política de Cicerón; aspira a ser un libro global, no un libro total; el propio Llano visualiza su obra en la forma de un cuadro que resulta vagamente familiar, pero del que se necesitan desvelar las claves (p. 12). Ese cuadro, en la visión ideal del autor, está compuesto como tríptico. El tropo no pretende ser una mera manifestación de elegancia literaria (por otro lado difusa a lo largo del libro), sino un modo de expresar la

inescindibilidad epistemológica del pensamiento ciceroniano, del que se ha de tener presente como un todo su posición jurídica, el iusnaturalismo ecléctico; su ideología política, el republicanismo; el humanismo cosmopolita, como postura ética ante la vida. De esa posición, de esa ideología y de esa postura ética cabe hacer un tratamiento diferenciado, pero como una única estructura tridimensional (p. 5): el cuadro es un tríptico, pero el cuadro es uno. Por eso hablamos de libro global, y podría hacerse un mínimo reparo al título de la obra, cuyo encabezamiento primero da, a mi juicio, una visión reduccionista del contenido del libro. Ciertamente es que la *recta ratio* es la íntima osatura del pensamiento ciceroniano, pero creo que no resulta aprehensible o explicable sino desde una dimensión global y polifacética, que es por cierto la adoptada por Llano.

Decíamos que el libro no es un libro total, ni pretende serlo. El riquísimo aparato bibliográfico, no solo en cantidad sino también en calidad, permite la visita a cualquier aspecto del cuadro para percibir con el íntimo detalle, que es la única forma de adentrarnos en un pensamiento trascendido, como todos están de acuerdo, a Cicerón y a su época, perfundido como está por doquier en las íntimas estructuras de nuestra civilización. Obra es para conocer a Cicerón y para profundizar en Cicerón; preciosa ayuda en este último aspecto es el afán de Llano (y consiguiente logro) de contextualizar en función del concepto la en algunas ocasiones mudable terminología jurídica ciceroniana, cosa no fácil y muy necesaria para no ver confusión donde no la hay, e incluso para resaltar que alguna confusión puede dar lugar a fértiles consecuencias ⁽¹⁾. Por otro lado, no se puede esperar otra cosa del profundo eclecticismo de Cicerón, de su visión pragmática, que tanto resplandecerá en todas sus obras, de su idea de que el mejor criterio de la verdad es el consenso general ⁽²⁾. Es más, lo que ha hecho que el pensamiento ciceroniano haya devenido hasta cierto punto intemporal

(1) Como señala G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, I. *Antichità e medioevo*, edición puesta al día por Carla Faralli, Roma-Bari, 2001, pp. 108-109, a propósito del pasaje en *De haruspicum responso*, 32, «*Vetera fortasse loquimur; quamquam hoc si minus civili iure perscriptum est, lege tamen naturae, communi iure gentium sanctum est ut nihil mortales a dis immortalibus usu capere possint*», de donde se infiere la existencia de un *ius gentium* «por ley de la naturaleza».

(2) «*Omnes tamen esse vim et naturam divinam arbitrantur, nec vero id conlocutio hominum aut consensus efficit, non institutis opinio est confirmata, non legibus; omni autem in re consensus omnium gentium lex naturae putanda est*», *Disputationes Tusculanae*, I, 13, 30. El fragmento, reportado por FASSÒ (*Storia*, cit., I) en su contexto inmediato no sería en sí mismo, a mi modo de ver, susceptible de la formulación de una regla valorativa epistemológica tan extensa como pretende el gran iusfilósofo italiano, y es Llano quien indica, con mayor precisión, la validez del mismo

y de permanente actualidad ⁽³⁾ es su carácter de abierto, de profundidad que no impide su remeditación y adaptación práctica a lo largo de la formulación de las ideas políticas de bien diversos tiempos.

Trazado con mano firme y precisa el diseño general de las ideas jurídico-políticas ciceronianas, el autor abunda en las claves más íntimas de aquel diseño general. Para el lector, este recorrido está lleno de ilustraciones esenciales, unas veces de acuerdo con visiones mayoritarias, otras veces incorporando formulaciones distanciadas de ellas, otras desde su propia y personal interpretación; pero el resultado es de una radical originalidad. En la tradición académica norteamericana tiene profunda raigambre la distinción entre *critical analysis* y *creative synthesis* como una suerte de *summa divisio* que indica dos formas de posible originalidad en los trabajos científicos, y a la segunda habría, según mi juicio, adscribir la obra de Llano, al ofrecer un panorama del ideario ciceroniano, con metodología propia, con aproximación epistemológica propia, con claves propias.

Esta cualidad resplandece de modo singular porque es un libro que no solo nos ilustra de modo global y original, sino que precisamente por ello nos interpela, y en este aspecto es fiel transmisor de Cicerón. En efecto, cuando los hombres de Occidente desde hace dos mil años nos hemos interrogado sobre lo justo y lo legal, sobre la forma ideal de gobierno, sobre la común naturaleza de la Humanidad, ha sido en gran medida porque hemos sido interpelados por el pensamiento ciceroniano. A esa interpelación hemos respondido con el escrutinio del mismo, encontrando en él la ilustración, sí, pero como válida guía para la reconstrucción del pasado y la construcción del presente, de acuerdo con sus especiales inquietudes e intereses. Al hilo de la obra de Llano, nos gustaría exponer una respuesta ciceroniana a algunas preguntas como juristas y como ciudadanos.

1.2. *La hipótesis historiográfica implícita, de carácter idealista. El predominio de las ideas liberales en la cultura occidental.*

Para descanso de equívocos, se ha de decir que la hipótesis historiográfica implícita en la obra de Llano es de carácter idealista, frente a una posible versión materialista de aquella. Dicho en otras palabras, se asume como guía una metodología de historia de las ideas, sin demasiada contextualización histórico-política y prácticamente ninguna histórico-económica.

por su conexión con el humanismo cosmopolita de Cicerón, que no puede desligarse de su concepción iusnaturalista y universalista del Derecho natural (p. 27).

⁽³⁾ Estas dos características son apuntadas por el propio Llano, p. 12.

Lo que sucede es que a mi modo de ver, ninguna de las contextualizaciones era necesaria para el propósito del autor, plenamente logrado, porque el predominio de las ideas liberales en la cultura occidental es evidente, y el largo eco de Cicerón en Immanuel Kant (como el propio Llano nos pone de relieve) ⁽⁴⁾, es la demostración más palmaria, dado que la última estructura de las sociedades occidentales modernas, salvo experiencias históricas liquidadas, se ha vertebrado bajo el pensamiento kantiano, no sobre su « alternativa » hegeliana, aunque a algunos nos siga pareciendo que la suprema racionalidad reside en el Estado, y no en el individuo, lo que no impide el reconocimiento de que esta idea ha sufrido « duras réplicas de la historia » ⁽⁵⁾. Con esta premisa, una mayor contextualización no sería útil, pudiendo incluso resultar perturbadora por reductora, habida cuenta de la vitalidad del pensamiento ciceroniano a lo largo de siglos de eventos políticos y económicos cambiantes ⁽⁶⁾.

2. *Cicerón nos interpela como juristas.*

2.1. *Teoría del Derecho, equidad e interpretación. La aparición de la formulación de una juridicidad mínima: vi e interpretatio.*

La vitalidad del pensamiento ciceroniano tiene una esencial manifestación desde el punto de vista de la constitución de los saberes jurídicos, desde el instante en que su dimensión moral y teórica de la justicia como virtud total posee una vertiente práctica. En su pensamiento se da una estrecha combinación entre la teoría jurídica y la

⁽⁴⁾ En muchos lugares de su obra, con afirmación explícita en pp. 147-149.

⁽⁵⁾ Sobre estas cuestiones me permito reenviar a mi ensayo *Estado social y sujeto privado: una reflexión finisecular*, en estos « Quaderni », 25 (1996), pp. 404-419.

⁽⁶⁾ Esta afirmación no excluye que el pensamiento de Cicerón, sobre todo en el terreno político, no pueda ser explicado en clave de materialismo histórico, para ahondar en su significado de época. A mi modo de ver, hay en su pensamiento un ingrediente de defensa conservadora de la República, cuando la propia gobernanza de Roma, por diversos motivos, pero sobre todo económicos y sociales no podía subsistir, herida por las guerras sociales y la necesidad de racionalizar la explotación del imperio. La República que defiende Cicerón hace largos años que, bajo un manto de apariencias, había dejado de existir y vivía su propia corrupción, lo que, como ha de verse, ni al propio Cicerón escapaba. Dicho de otro modo, en su propia época, sus ideas eran una ideología de un determinado grupo social. Pero, se repite, ello no significa que sus ideas, trascendidas a su tiempo, no hayan sido una de las grandes canteras de construcción política y jurídica de Occidente.

praxis jurídica en general y la justicia y los principios en particular. Este es un punto crucial para todos los juristas, y muy singularmente los que vivimos regularmente en la práctica, y del cual nos da puntual noticia el autor, estructurando con exacto *ordo mentis*, después de un proemio sobre la discutida y discutible reducción de Cicerón al sólo papel de jurisconsulto (pp. 15-21), la idea del Derecho Natural en Cicerón, las de justicia y equidad (pp. 27-47) y la entraña de su distinción entre *ius gentium* y *ius civile* (pp. 47-49). A nosotros nos van a interesar especialmente, por la razón antes dicha, ligada a nuestro desempeño diario, lo atinente a la vertiente práctica de la justicia y las relaciones entre equidad e interpretación.

La estupenda página del autor, con breve pero poderosa síntesis (pp. 31-32), expone las ideas de Cicerón que combinan de modo inseparable la teoría y la praxis jurídica en general, y de la justicia y los principios del Derecho en particular, articuladas a través de la aplicación de los *officia* como deberes morales a la vida cotidiana, mediante el principio *suum cuique tribuere*, que impone obligaciones derivadas de la justicia, que finamente consisten en la defensa de la sociedad humana « dando a cada uno lo suyo y observando la fidelidad de los contratos » (7), añadiendo más tarde que « puesto que aquellos bienes, que antes que antes eran comunes, se han convertido en propiedad privada, que conserve cada uno lo que le ha tocado en suerte; y quien pretenda utilizarlo para sí, violará las leyes de la sociedad humana » (8).

Para un privatista de hoy resulta impresionante que en dos pinceladas, Cicerón muestre el entero esqueleto del Derecho Civil: propiedad, contrato, buena fe, Ello es especialmente claro en el caso de esta última, a la que da el general valor que hoy predicamos, tanto como canon general de corrección, cuanto como protección de la confianza entre sujetos (9) tal como es en nuestro propio tiempo (10), propiciando

(7) *De officiis*, I, 5, 15, reportado por Llano, pp. 31-32.

(8) *De officiis*, I, 7, 21, reportado por Llano, *ibidem*.

(9) A este respecto, merece la pena, creo, traer a colación en su casi integridad, por su enorme expresividad, el propio *dictum* ciceroniano, reportado también por Llano, *De officiis*, I, 5, 15: « Sed omne, quod est honestum, id quattuor partium oritur ex aliqua. Aut enim in perspicientia veri sollertiaque versatur aut in hominum societate tuenda tribuendoque suum cuique et rerum contractarum fide aut in animi excelsi atque invicti magnitudine ac robore aut in omnium, quae fiunt quaeque dicuntur ordine et modo, in quo inest modestia et temperantia. Quae quattuor quamquam inter se colligata atque implicata sunt, tamen ex singulis certa officiorum genera nascuntur, velut ex ea parte, quae prima discripta est, in qua sapientiam et prudentiam ponimus, inest indagatio atque inventio veri, eiusque virtutis hoc munus est proprium ». Como se, ve el papel de la *fides*, es una de las medidas, íntimamente implicada y coligada con *con omne quod est honestum*. Después dirá (I, 7, 23) « Fundamentum autem est iustitiae fides, id est

incluso los tiempos de su evolución histórica y doctrinal, por cierto no enteramente cumplidos ni siquiera hoy en lo relativo al contrato como *causa civilis obligandi* ⁽¹¹⁾, pero absolutamente dominado en su celebración, ejecución, integración e interpretación por el principio de la buena fe, al menos en la cultura del *civil law* ⁽¹²⁾.

Por lo que hace a la propiedad, el autor nos enseña un aspecto en el que Cicerón se aparta de una idea bastante común y extendida y siempre muy defendida en el pensamiento occidental, y desde luego en el de la Iglesia y la Ilustración (por mucho que en tantos casos se les pueda considerar antitéticos), y es la de que encuentra su fundamento en el Derecho natural, ya que reconoce que el origen de la misma puede ser una presa bélica, al lado de otros posibles. Sin embargo, no escapa

dictorum conventorumque constantia et veritas », con indicación inmediata del origen del aserto: « Ex quo, quamquam hoc videbitur fortasse cuiquam durius, tamen audeamus imitari Stoicos, qui studiosè exquirunt, unde verba sint ducta, credamusque, quia fiat, quod dictum est appellatam fidem ».

⁽¹⁰⁾ Sobre la esencialidad de la buena fe en el Derecho moderno, no cabe sino remitirse a D. CORRADINI, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, Milano, 1970, *passim* (clásico de título bien significativo). Relieves críticos muy interesantes en A. DI MAJO, *Lettura* en estos « Quaderni », 2 (1973), pp. 722-822, proponiendo una relectura del tema en clave política, desde una perspectiva marxista implícita. A nuestro juicio (estando incluso mas cerca del *approach* de Di Majo), ello no quita valor alguno a una obra escrita desde otra mirada, cuyo arsenal de datos y análisis otorga a la obra de Corradini su papel de referencia. Como se comprenderá este no es el lugar de profundizar sobre esta cuestión. Una reciente reevaluación de principio de la buena fe en el conjunto del ordenamiento, validando sustancialmente las tesis de Corradini, en B. BISCHI, *La buona fede del diritto privato e del diritto pubblico: dalla ragione dell'origine alla cultura della dicotomia*, 2012, paduaresearch.cab.unipd.it/4403/1/Tesi_Bischi.pdf. Fecha de descarga digital 20 dic. 2018.

⁽¹¹⁾ *Solus consensus obligat* es una adquisición muy reciente en el Derecho moderno (y no completa para la total eficacia del contrato: exigencia de « causa de la obligación » en *civil law*, exigencia de *consideration* en *common law*), con basamento en la *fides* canónica y las necesidades de libertad de forma en el comercio. Para una ilustración sumaria pero, creo, suficiente al efecto, permítaseme remitir a Á. LÓPEZ Y LÓPEZ, *El contrato*, ahora en *Derecho Civil Constitucional*, Sevilla, 2015. En relación con la *fides* canónica, no es de excluir que llegara al Derecho de la Iglesia por la traslación al pensamiento cristiano de las doctrinas estoicas, en primer momento a la Patrística, después a la Escolástica, traslación que se produjo por la intermediación de Cicerón. *Ad rem*, FASSÒ, *Storia*, cit., pp. 99-100.

⁽¹²⁾ El principio de la buena fe tiene un alcance mucho mas limitado en la cultura clásica del *common law*. Análisis y prospectiva, últimamente en M. MATO PACÍN, *El papel de la buena fe en el Derecho contractual inglés*, en « Indret », 2018, 2.

a la crítica ⁽¹³⁾ de que el Derecho Romano al configurar la *occupatio* como modo originario de adquisición de la propiedad, configura un mundo de *res nullius* en una nebulosa temporal que no aclara si para incluirlas en el estatuto de propiedad privada fueron necesarios o no actos de violencia, de tal forma que no se plantea nunca la legitimidad de su título: Cicerón no lo excluye, pero no por ello deja de merecer la misma crítica, al situar al usurpador, una vez establecido el *statu quo*, en la categoría nada menos que de violador de las reglas de la sociedad humana ⁽¹⁴⁾. En este punto, Cicerón es esencialmente conservador, pero curiosamente, de su postura ha derivado toda una teoría de la «juridicidad mínima» y la posibilidad de ajustar la jurisprudencia a principios, más allá de la literalidad de la *lex*, entendida como un puro mandato *qui in sola voluntate consistit*. Nos da el pie para entender esta cuestión esencial en todo el arco histórico del Derecho de Occidente la presentación de Llano cuando discurre sobre la equidad en Cicerón, abundando sobre su naturaleza (pp. 36-42), sobre su carácter de principio de interpretación del Derecho (pp. 42-47), del mismo Derecho civil como equidad constituida (pp. 47-49) que la traslada del mundo moral al mundo jurídico, aunque sea en un marco de alguna confusión entre *ius civile*, *lex naturalis* y *ius gentium*.

Debemos detenernos en el punto de la equidad como principio de interpretación del Derecho, porque, dice el autor, «al igual que la doctrina de la justicia, el pensamiento jurídico ciceroniano en relación con la equidad no se limita tan solo a un enfoque teórico, sino que también posee una connotación práctica que recorre toda su obra iusfilosófica» (p. 42), proponiendo como dos ejemplos ilustrativos la *Oratio pro Caecina* y la IX *Philippica* contra Marco Antonio, subrayando en la primera una ampliación de la protección contra la violencia, hasta comprender la más ligera violencia ⁽¹⁵⁾, proponiendo la superación del literalismo poniendo las palabras al servicio de la intención y voluntad de los hombres ⁽¹⁶⁾, espiritualismo base de la interpretación que también propondrá en la citada *Philippica* ⁽¹⁷⁾. El pensamiento ciceroniano supone un decisivo desarrollo en dos frentes que marcarán el Derecho Romano para siempre, y en la conocida secuencia histórica, el Derecho civil de Occidente, sobre todo el del área del *civil law*, y es de nuevo un importante trazo diferencial con la del *common law*, aunque funcionalmente haya llegado a resultados similares. Podemos rubricar

⁽¹³⁾ Ciertamente que no movida desde un plano estrictamente jurídico.

⁽¹⁴⁾ *De officiis*, I, 7, 21, también reportado por Llano.

⁽¹⁵⁾ *Pro Aulo Caecina*, 16, 47, reportado por Llano.

⁽¹⁶⁾ *Pro Aulo Caecina*, 18, 52, reportado por Llano.

⁽¹⁷⁾ IX *Philippica*, 18, 52, también reportado por Llano.

estos dos frentes, uno con la palabra *vis*, otro con la palabra *interpretatio*.

Nos enseña L. Labruna en un libro que ya ha devenido clásico en estas incumbencias ⁽¹⁸⁾ que durante un largo periodo de tiempo no fue atribuida en la sociedad romana relevancia jurídica negativa, ni pública ni privada, a la *vis*. Aparte del reconocimiento de hipótesis de autotutela, las fuentes harán referencia en bastantes ocasiones a la *vis* como fuerza, incluso declaradamente violenta, pero no antijurídica; el pensamiento jurídico romano no percibía la intrínseca y autónoma peligrosidad social del uso de la violencia, pudiendo incluso reprimir los resultados de esta, pero nunca a considera que fueran relevantes para dicha represión el uso de medios violentos. Ello no acaecerá hasta la emergencia de la tutela interdictal, y en general, la tutela posesoria, en la que emerge la regla *vim fieri veto*, en los interdictos prohibitorios, y la consideración de la *vis* en vía de *exceptio*, precisamente la *exceptio vitiosae possessionis*. Para el despliegue de estas ideas, acabando con el sistemático entendimiento de la *vis* como violencia ilícita, poniéndola en el centro de la actividad del pretor, habrá que esperar la primera parte de siglo I. a. C, habiendo sin duda influido los turbulentos acontecimientos después de la dictadura de Sila. De la existencia de una « formula Octaviana » alrededor de los años 78 o 79, dirigida contra la *vis* y el *metus*, será precisamente Cicerón quien nos dará noticia ⁽¹⁹⁾, lo que explica el soberano conocimiento de que hace gala en *Pro Caecina* y la IX *Philippica*, expresiones sin duda no solo excelsas por la forma y el vigor retórico, sino reflejos de una trabada doctrina ⁽²⁰⁾, más allá de su utilización forense o instrumento de acción política.

⁽¹⁸⁾ *Vim fieri veto. Alle radici di una ideologia*, Camerino, 1970.

⁽¹⁹⁾ CICERÓN, *in Verrem*, II, 152, reportado por Labruna: « ...postulavit ab L. Metello ut ex edicto suo iudicium daret in Apronium, quod per vim avt metvm abstvliisset, quam formulam Octavianam et Romae Metellus habuerat et habebat in provincia »; también citado por Labruna, CICERÓN, *ad Quintum fratrem*, I, 21: « Adiungenda etiam est facilitas in audiendo, lenitas in decernendo, in satisfaciendo ac disputando diligentia. Iis rebus nuper C. Octavius iucundissimus fuit, apud quem proximus lictor quievit, tacuit accensus, quoties quisque voluit dixit et quam voluit diu; quibus ille rebus fortasse nimis lenis videretur, nisi haec lenitas illam severitatem tueretur: cogebantur Sullani homines, quae per vim et metum abstulerant, reddere; qui in magistratibus iniuriose decreverant, eodem ipsis privatis erat iure parendum. Haec illius severitas acerba videretur, nisi multis condimentis humanitatis mitigaretur ».

⁽²⁰⁾ Cuyas primeras expresiones ya se encontraba en *Pro Tullio* (81 a. C). Véase parte del fragmento 4, de los a nosotros llegados: « Cum omnes leges omniaque iudicia quae paulo grauiora atque asperiora videntur esse ex improborum iniquitate et iniuria nata sunt, tum hoc iudicium paucis hisce annis propter hominum malam consuetudinem nimiamque licentiam constitutum est. Nam cum multae familiae dicerentur in agris longinquis et pascuis armatae esse caedisque facere, cumque ea consuetudo non solum

Esa doctrina no es otra sino que la presencia de la violencia, de cualquier violencia, la necesidad del Derecho y el proceso son exigencias de una «juridicidad mínima»: que ello haya sido en la República romana fruto de una decidida defensa de los intereses de los grandes latifundistas, que ejercientes de la violencia ayer, no pueden ser objeto de la violencia hoy, bien puede haber sido, como es la tesis de Labruna. Pero sucede que, formulada desde Cicerón y en forma general y axiomática por él por primera vez ⁽²¹⁾, ha acompañado hasta hoy a nuestro pensamiento jurídico ⁽²²⁾, en el cual la autocomposición como principio no existe, y los casos de autotutela son excepcionales. Así nos lo cuenta el autor, poniendo de relieve que la violencia inaceptable es no solo la *vis física* sino también la *vis compulsiva*. Un mínimo apunte, en estos tiempos en los que la distinción o indistinción de una u otra *vis* está en el fuego de la actualidad, en materia de delitos contra la libertad sexual o contra el orden constitucional ⁽²³⁾. No es este el lugar para disquisiciones técnicas sobre la diferencia de efectos de una y otra violencia, pero es claro que, en aras de la eficacia, el discurso forense en *Pro Caecina* se abona a la indistinción. Pero esto es pura anécdota, si se tiene en cuenta que, aunque sea de con rigor diferente, el ordenamiento moderno reacciona frente a una u otra violencia, y con independencia de las necesidades del gran abogado, que siempre son saldadas sobre el caso concreto, hemos visto que para Cicerón la interdicción de la violencia tiene valor axiomático ⁽²⁴⁾.

ad res priuatorum sed ad summam rem publicam pertinere uideretur, M. Lucullus, qui summa aequitate et sapientia ius dixit, primus hoc iudicium composuit et id spectauit ut omnes ita familias suas continerent ut non modo armati damnum nemini darent uerum etiam lacessiti iure se potius quam armis defenderent ».

⁽²¹⁾ *De legibus*, 3.XVII, 42: «Deinceps sunt cum populo actiones, in quibus primum et maximum, 'vis abesto'. Nihil est enim exitiosius civitatibus, nihil tam contrarium iuri ac legibus, nihil minus civile et inhumanus, quam composita et constituta re publica quicquam agi per vim ». Nótese que estamos fuera de la necesidades del discurso forense, en una obra filosófica muy anterior (*circa* 80 a. C) a *Pro Caecina* (69 o 68 a. C son las fechas comúnmente aceptadas).

⁽²²⁾ Acompañada por la idea de que la violencia legítima corresponde solo al Estado. Como se ha de comprender, que éste sea un orden de propietarios o integre políticamente también a los «no poseedores» es discurso de otro lugar, y aquí perfectamente extravagante, en el sentido originario del término.

⁽²³⁾ Española, pero no cabe la menor duda de que se puede plantear, y de hecho se ha planteado en otras latitudes jurídicas. Es evidente que me refiero a la polémica levantada sobre la diferencia entre violación y abuso sexual (caso «La Manada»), y la aplicación del tipo penal de rebelión a los independentistas catalanes que atentaron contra el orden constitucional.

⁽²⁴⁾ *De legibus*, 3, XVII, 42, antes invocado.

2.2. *Los inicios de un nuevo saber jurídico estructurado por principios.*

Con todo, hay que concederle quizá una superior importancia a otro aspecto de *Pro Caecina*, como muestra Llano (p. 44), y es que la equidad como principio es fuente de entendimientos de la ley más allá del puro literalismo, atendiendo a la utilidad común, lo que se repite también en la IX *Philippica*, en otro contexto y otra situación, pero con el mismo espíritu (pp. 45-47).

En efecto, hay que decir que estos textos ciceronianos son paradigmas de un *grand tournant* jurídico, acaecido durante los tiempos maduros y finales de la República: el formalismo se atenúa fuertemente, y la interpretación se inspira en la *mens* y en la *voluntas legis* y persigue el *aequum* y el *bonum* ⁽²⁵⁾. Ahora bien, pasar del formalismo (en este dominio, literalismo) a la *interpretatio*, no es, o no es tan sólo, cambiar de canon hermenéutico, sino abrir vías a una praxis orientada por principios, y el estudio conjunto de estos ya supone un saber formalizado, al que podemos llamar convencionalmente ciencia, prescindiendo de querellas gnoseológicas y terminológicas sobre si tal término conviene al Derecho o sólo a las Ciencias de la Naturaleza. Este salto, por vía de la interpretación, a la ciencia, es absolutamente impropio de la jurisprudencia romana clásica, cuyo método no es guiarse por reglas prefijadas, sino ir las induciendo, y siempre con gran flexibilidad, de una lenta decantación a través de los casos concretos: un ideal sistemático, más allá de lo meramente clasificatorio, no lo habrá en el Derecho de Roma hasta los *Digesta*, que son *lato sensu*, una codificación de inspiración griega, aunque sus materiales sean, en gran medida, los del Derecho romano de Occidente ⁽²⁶⁾.

⁽²⁵⁾ F. SERRAO, *Interpretazione della legge (dir. rom)*, en *Enciclopedia del diritto*, XXII, Milano, 1972, pp. 246-247. El mismo autor nos dice como en la contraposición *scriptum-voluntas*, la *interpretatio ex voluntate* se identificaba con la *aequitas*, lo que es recurrente en las obras de Cicerón (*ibidem*, p. 244), como nos ha mostrado orgánicamente y con pormenor, y con preciso encaje conceptual en el entero pensamiento iusfilosófico ciceroniano el propio, Llano, pp. 27-47. Serrao asimismo añade el dato significativo de la estrecha relación ideológico-cultural entre el famoso paso de *De officiis*, I, 10, 33: « Existunt etiam saepe iniuriae calumnia quadam et nimis callida, sed malitiosae iuris interpretatione ex quo illud 'summum ius summa iniuria' factum est iam tritum sermone proverbium... » y D. 10,4,19, Paulo l. 4 *epit. Alf.*: « respondit non oportere ius civili calumniari neque verba captari, sed qua mente quid diceretur animadvertere convenire », de derivación serviana, *ibidem*, p. 245.

⁽²⁶⁾ Sobre todos estos aspectos, la autoridad incontestable de F. SCHULZ, *Principios del Derecho Romano*, traducción española, a cargo de M. García Abellán, Madrid, 1990, pp. 27-38.

No obstante, el principio romano de desconfianza hacia la abstracción, y en concreto la de la norma, como es sabido enderezó en la época clásica los derroteros jurídicos. a través de un camino casuístico. Casuismo que se traslada no solo al mecanismo de decisión de un conflicto concreto, a través de la acción y su fórmula, sino también a la literatura jurídica (donde priman reunión de opiniones y precedentes y estos últimos, con el valor de que se dirá), y al estilo de las leyes, asimismo eminentemente casuístico. En la época postclásica, hay una tendencia a la abstracción y, singularmente en las obras que aspiraban a ser elementales, intentos de construcción de sistemas, desde Q. Mucio, Sabino y Gayo, en especial, en las Instituciones de este; pero con gran descuido, licencias e imperfecciones, lo que redundaba en que determinadas partes del discurso y la ilación entre ellas parecen no responder a ningún plan o programa, y prima un interés por las particularidades; en las obras no elementales apenas hay trazos por una trabazón única, y prevalece casi absolutamente el dicho interés. En suma, aunque en la época postclásica hay un cierto esfuerzo por crear categorías o distinciones, no llega a la formación de un sistema y desde luego a ninguno como tal responde el Digesto: sus criterios de ordenación son otros (27). Estos apuntes no vendrían a cuento en este lugar, si no fuera porque Cicerón se aparta de este modo de ver las cosas: hay una auténtica exigencia de sistema jurídico en el pensamiento de Cicerón (28).

Este es un punto crucial del legado de Cicerón, más allá de que no tuviera éxito en su época (29), ni él intentara nada más allá directamente del opúsculo perdido *De iure civili in artem redigendo* del que

(27) Sigo en todo a Schulz, *ibidem*, pp. 61-89.

(28) *Vid. ibidem*, pp. 86-87 sobre la « exigencia de sistema » ciceroniana.

(29) El mismo Schulz nos lo cuenta, *ibidem*, pp. 88-89, subrayando el nulo eco de Cicerón en la jurisprudencia romana, « con un silencio cortés », en sus palabras, al tiempo que hace gran elogio del método casuístico, dotado de vivacidad y frescura, encontrando precisamente en él la admiración de la posteridad. Es esta afirmación de Schulz cierta, aunque, como siempre en él, transida de ferviente amor, un poco en exceso, en alguna ocasión, por el Derecho Clásico; pero para un civilista educado en los Códigos, es difícil no pensar que el Derecho Romano se ha constituido en uno de los más valiosos legados para el Derecho de Occidente, no solo por aquella vivacidad y frescura del Derecho Clásico, sino también por el vehículo de su transmisión y acomodación, el *Corpus Iuris Civilis*, del que deriva su papel esencial de formante del *ius commune*. Esta, por otra parte, es vieja discusión (y con muchas vertientes) en la que ni siquiera cabe entrar aquí. En cuanto a la cuestión de la relación de Cicerón con la jurisprudencia, desde todos los aspectos es esencial el libro de A. CASTRO SAENZ, *Cicerón y la jurisprudencia romana. Un estudio de historia jurídica*, Valencia, 2010, *passim*.

apenas tenemos noticia, y con mayor densidad en *De Oratore* ⁽³⁰⁾, *Brutus* ⁽³¹⁾ y *Topica ad Trebaciū* donde, se dice ⁽³²⁾, realmente tampoco hay un ideal de sistema, salvo algo en el primero y más en la forma de recomendar clasificaciones que remedien la oscuridad de la exposición escolar, mientras que los dos últimos se mueven dentro del plano de lo que hoy llamamos argumentación jurídica (*ars dialectica, loci argumentorum*). En efecto, así han llegado a nuestros días, en especial tras la reconsideración de la *Tópica* por obra de Theodor Viehweg ⁽³³⁾ y toda la literatura generada alrededor de esta recuperación ⁽³⁴⁾.

No obstante, aun aceptando esa interpretación de los textos, creo que el papel de Cicerón en la articulación posterior de un sistema jurídico, o si se quiere de una ciencia (con el mínimo sentido de saber formalizado), es absolutamente decisivo, aunque dicho papel haya de buscarlo *aliunde*, o más bien contemplando aquellos textos en un contexto más global, vertebrado por el papel de la *aequitas*. Es esta contemplación un gran logro del libro de Fernando Llano, cuando resalta (al lado del esencial papel fundante del Derecho natural como *ratio summa, insita in natura*, pp. 22-27) no solo la dimensión moral de aquella, por su relación con la *iustitia*, sino también su vertiente práctica como ya hemos tenido ocasión de ver ⁽³⁵⁾. La secuencia de conjunto es

⁽³⁰⁾ *De oratore*, I, 42, 190: « Hisce ego rebus exempla adiungerem, nisi apud quos haec haberetur oratio cernerem; nunc complectar, quod proposui, brevi: si enim aut mihi facere licuerit, quod iam diu cogito, aut alius quispiam aut me impedito occuparit aut mortuo effecerit, ut primum omne ius civile in genera digerat, quae perpauca sunt, deinde eorum generum quasi quaedam membra dispertiat, tum propriam cuiusque vim definitione declaret, perfectam artem iuris civilis habebitis, magis magnam atque uberem quam difficilem et obscuram ».

⁽³¹⁾ *Brutus*, 41, 152: « Hic Brutus: ain tu? inquit: etiamne Q. Scaevolae Servium nostrum anteponis? Sic enim, inquam, Brute, existumo, iuris civilis magnum usum et apud Scaevolam et apud multos fuisse, artem in hoc uno; quod numquam effecisset ipsius iuris scientia, nisi eam praeterea didicisset artem, quae doceret rem universam tribuere in partes, latentem explicare definiendo, obscuram explanare interpretando, ambigua primum videre, deinde distinguere, postremo habere regulam, qua vera et falsa iudicaretur et quae quibus propositis essent quaeque non essent consequentia ».

⁽³²⁾ Al respecto, la opinión de F. Cuena Boy, que da sobre el punto riquísima noticia en *Sistema jurídico y Derecho romano*, Santander, 1998, pp. 70-87.

⁽³³⁾ *Topik und der Jurisprudenz*, München, 1953.

⁽³⁴⁾ Noticia, un tanto acrítica, en J. DORANTES, *La tónica*, en « Alegatos », 1996, 32, *passim*. Interesantes consideraciones en P. SANZ BAYÓN, *Sobre la tónica jurídica en Viehweg*, en « Revista Telemática de Filosofía del Derecho », 2013, 16, pp. 83-108. Un apunte sobre las limitaciones de la « tónica », se puede encontrar en mi trabajo *Conversaciones con difuntos: Luigi Caiani*, en estos « Quaderni », 29 (2000), pp. 315-317.

⁽³⁵⁾ En los apartados 1.1 a 1.8, esencialmente, de este trabajo.

un trazo que dibuja Llano con precisión, partiendo precisamente desde la afirmación en la *Tópica* del *ius civile* como «equidad constituida»⁽³⁶⁾, a la afirmación de la superación del formalismo y el literalismo, resplandecientes en *Pro Caecina*, con el resultado de la amplia apertura a la *interpretatio*⁽³⁷⁾, como exigencia de la propia *aequitas*.

Aquí es donde hay que ver, según mi juicio, el papel fundacional del pensamiento ciceroniano a la hora de construir un sistema, más allá del éxito o fracaso de sus intentos, antes narrados, de reivindicarlo para su época. Lo acaecido es una muestra más de como el pensamiento ciceroniano trasciende a su época, no tanto por desprenderse de su contexto, cuanto por la posibilidad, fuertemente marcada por su carácter ecléctico y su legado ético, de inspirar nuevas realidades que, se dice de nuevo, alcanzan respuestas interpelando a Cicerón. En efecto, el sistema jurídico romano de la época republicana y el primer periodo del imperio, encontró su modo de producción y evolución en la *interpretatio prudentium*, que se ha inspirado en muchas ocasiones en decisiones para casos análogos. Nótese bien que no hay propiamente una doctrina del precedente porque las decisiones tenían una eficacia particular, fundada no en aquella doctrina, sino en la *auctoritas* del que las emitía; pero de hecho, la tradición poseía tanto peso, que imponía la solución al *quid novum*, y exigencias jurídicas objetivas, que son exigencias de equidad, empujaban a adoptar soluciones jurídicas análogas en los casos que presentan relaciones de similitud⁽³⁸⁾. En suma, de la equidad y de la interpretación espiritualista nace el *argumentum a simile*, cuya expresión sería la analogía: en su escalón mas bajo la *analogia legis*, en el más alto la *analogia iuris*. Ahora bien, no hay analogía sin *toto iure perspecto*, sin visión de conjunto, y esta visión conduce a la elaboración de principios, y con ellos está dada la del sistema. Esta operación intelectual, que hoy nos parece fácil⁽³⁹⁾, pero que ha necesitado la superación de siglos de literalismo y formalismo, es

(36) *Tópica*, 2, 9 (reportado por Llano): «...Ius civile est aequitas constituta eis qui eiusdem civitatis sunt ad res suas obtinendas; eius autem aequitatis utilis cognitio est; utilis ergo est iuris civilis scientia».

(37) Amplia apertura de la *interpretatio*, que se considera por uno de los mayores romanistas españoles, J. Santa Cruz Teijeiro, el mas potente mensaje del citado discurso: *vid. La oratio pro Cecina y la interpretación espiritualista*, en «Anuario de Historia del Derecho español», 1942-43, pp. 609-620.

(38) Sigo a V. PIANO MORTARI, *Analogia: premessa storica*, en *Enciclopedia del Diritto*, II, Milano, 1958, pp. 349-350.

(39) Lo que no obsta a que en sus realizaciones mas concretas, el procedimiento analógico esté lleno de dificultades. Como un primer esbozo, teniendo en cuenta que la literatura sobre la analogía es desbordante, me permito remitir de nuevo a mi trabajo *Conversaciones con difuntos: Luigi Caiani*, cit., *passim*.

la de Cicerón en *Pro Caecina*, y dota de profundo sentido, mas allá del valor de la propia *Topica*, a la afirmación de que *ius civile est aequitas constituta*. De este modo, el pensamiento ciceroniano, abre el camino a un pensar jurídico sistemático. El libro de Fernando Llano muestra con nitidez la dicha operación, con un discurso fielmente fundado en las fuentes y limpio de excrecencias que impidan verla, en el profundo y final sentido que tendrá en el tiempo hasta la era de la modernidad.

3. *Cicerón nos interpela como ciudadanos.*

3.1. *Patriotismo republicano y legado doctrinal de Cicerón en el pensamiento político.*

En la visión del tríptico que el autor nos anunciaba como un viaje intelectual a la obra de Cicerón, hay un segundo panel, cuyas bisagras no expresan una conjunción o yuxtaposición, sino una íntima relación (el cuadro, repitémoslo, es uno) dedicado al pensamiento republicano y a su legado doctrinal (pp. 117-123). Son estas páginas ricas de fermentos que alimentan ideas que están hoy casi en el fuego de la actualidad, con un legado ético tan impresionante que trasciende al análisis del contexto histórico del momento de su formulación, como de hecho sucede en toda la obra de Cicerón; es idea que ya hemos expresado antes, aunque al final expresemos alguna reserva sobre los fundamentos materiales de aquel contexto, tal vez necesaria no tanto por reevaluar críticamente el pensamiento ciceroniano, cuanto por ver su completa dimensión histórica, el significado de su imponente trazo en la historia jurídico-filosófica-política hasta a nuestros días.

Este segundo panel tiene dos partes que se pueden diferenciar (al menos, tanto como puedan diferenciarse en un libro global), la primera destinada al tratamiento del patriotismo republicano y la idea de libertad en el pensamiento jurídico-político ciceroniano (pp. 53-78), la segunda sobre la recepción del legado jurídico político del pensador de Arpino en el republicanismo humanista italiano y la tradición republicano-liberal anglosajona (pp. 78-122).

3.2. *Algunas consideraciones sobre el patriotismo republicano. La concordia ordinum. El patriotismo como virtud cívica y la teoría de las dos patrias.*

Por lo que hace al patriotismo republicano, Llano nos muestra, entre otras fuentes, un agudo análisis de importantes pasajes con clara visión del conjunto, del tratado *De republica* (pp. 53-77, *passim*). Nos marca una guía para entender la gran obra: el acentuado eclecticismo de Cicerón, embebido de la percepción de lo real propia de los estoicos, lo

que redunda en una acentuada diferencia con los planteamientos idealistas, a pesar de los innegables paralelismos de *De republica* y *De legibus* con los tratados homónimos de Platón (pp. 55-56). Con ello, su discurso tal vez no esté construido con materiales originales, pero es original en su metodología, que conjuga la vía del pensamiento especulativo de cuño griego con la vía del conocimiento de la experiencia histórica del pueblo romano. Este subrayado del autor me parece una de las afirmaciones más brillantes del libro (p. 56), porque a mi juicio en esa original conjugación, llena de contenido ético y práctico, reside una de las razones profundas por las que el pensamiento ciceroniano ha hablado a través de tantas y tan diversas épocas de la cultura de Occidente.

Aunque hemos repetido una y otra vez la relatividad del contexto histórico de Cicerón para valorar su influencia y determinación en otros momentos, sí que me hubiera parecido o una referencia más crítica a la idea de la *concordia ordinum* y de necesidad del *tutor reipublicae* para la salvaguarda de aquella, en el diseño de la teoría de la « Constitución mixta ». A mi modo de ver, cuando el autor aborda este punto (pp. 75-78) asevera que el ideal de concordia terminaría chocando con la turbulenta realidad de su tiempo dado que caballeros y nobles representaban una mínima fracción, achacando que el enfrentamiento entre *optimates* y *populares*, sumió a la República en una grave crisis de la que o pudo sobrevivir; además Cicerón no dispuso de apoyo financiero, dando el primer triunvirato y su renovación el golpe a « la república soñada » por aquel. Ante el desorden previsible, comienza a considerar la figura del *tutor reipublicae* como guardián de la *concordia ordinum* (pp. 75-76) ⁽⁴⁰⁾.

Las afirmaciones de Llano se pueden compartir sin dificultad,

⁽⁴⁰⁾ La figura del *tutor reipublicae* ideada por Cicerón se considera, con razones de peso (sobre el punto, con decidida afirmación vid. F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, IV, primera parte, Napoli, 1974, pp. 51-53), el principal antecedente de la figura del *Princeps*, que encarnará después en Octaviano Augusto, con el resultado que es bien conocido: apariencia formal de conservación de las instituciones republicanas absolutamente condicionada por la atribución a aquel del título de *imperator*. El significado de las complejas figuras de *imperium* es muy controvertido, pero parece fuera de discusión que su atribución a Augusto no se correspondía con ninguna de las magistraturas extraordinarias republicanas. En la práctica, ello suponía la subordinación de cualquier decisión política al poder militar, y en concreto, al poder personal del que ostentaba aquel título. Es obvio que, aunque la estructura jurídica del *imperium* no era la de un poder absoluto, está destinado a devenir el título específico de un monarca, aunque el Principado de Augusto, fue una forma de gobierno ni estrictamente republicana, ni estrictamente monárquica. Ampliamente sobre el tema, De Martino, *ibidem*, pp. 107-309.

pero de alguna forma abonan, en este concreto punto, un Cicerón utópico, cuyo pensamiento ya no puede trascender a su tiempo, porque la añoranza de la vieja Republica no puede ocultar que desde hace tiempo, su estructura estaba destruida y era un régimen basado en la explotación de los resultados de las conquistas territoriales y, sobre todo, por una confiscatoria fiscalidad impuesta a todos los ciudadanos que no pertenecieran al orden senatorial o al ecuestre, empobrecidos por las deudas, que veían su única esperanza en la quita de estas y la munificencia de los grandes capitanes militares ⁽⁴¹⁾.

El propio autor, con la suma probidad que caracteriza su discurso, nos dice que cabe predicar del pensador de Arpino la búsqueda de un equilibrio entre poder, autoridad y libertad, y visión compartida del bien común « más allá de la verdadera motivación que pudiera tener para mantener la *concordia ordinum* » (p. 76). En todo caso, me parece que la idea de la *concordia ordinum* es uno de los puntos del legado ciceroniano, salvo como instrumento retórico *a parti pris*, que menos influencia ha tenido, porque la tal concordia predica siempre desigualdad ⁽⁴²⁾.

(41) Suma munificencia, fiscalidad menos confiscatoria y quita de deudas eran los más importantes fundamentos de la popularidad de Cesar, como apunta De Martino, *ibidem*, p. 6. La historiografía tradicional ha presentado una interpretación *in malam partem* de Catilina y de Cesar, que hoy se tiende a revisar: ni Catilina pretendía más reformas sociales de las que se empezaban a encontrar muestras en el período de Sila, y después se realizaron parcialmente, sobre todo en la estructura latifundista y la condonación de las deudas, por César (que, por cierto, es la primera medida que toma en España, 62 a. C), y Augusto. De todos modos, las reformas augusteas, destinadas a perdurar, no pueden considerarse, en forma alguna, ejecutoras de las ideas del partido popular: más bien su propósito fue el de restaurar los principios tradicionales (*ibidem*, pp. 7-15). Tampoco es claro que las aspiraciones de César a la monarquía existieran como tales, y desde luego, jamás intentó una alianza con Catilina. Finalmente, la autorización del *senatus consultum ultimum*, tras haberse pronunciado la tercera catilinaria, y la ejecución sumaria de los conjurados (salvo Catilina que, como es conocido, murió posteriormente en la batalla de Pistoia) nos presentan un Cicerón actuando fuera de los principios defendidos por él. Sobre este punto, la indiscutible autoridad de J.M. BLÁZQUEZ MARTÍNEZ, *Lucio Sergio Catilina, un gran reformador social y líder de la juventud romana*, versión digital, Gabinete de Antigüedades de la Real Academia de la Historia. Fecha de descarga digital 23 noviembre 2018. El trabajo presenta una visión totalmente peyorativa de Cicerón con la grave acusación de que las Catilinas fueron compuestas *ex post facto*, precisamente para justificar las ejecuciones sumarias. No es momento de hacer cuestión de esto, pero sí de constatar melancólicamente que las grandes ideas de los hombres trascienden a sus virtudes personales.

(42) Sin que mi afirmación, aquí y ahora, prejuzgue ninguna valoración sobre el origen de la misma, o sobre la conveniencia o inevitabilidad de la misma, ni mucho

Todo lo contrario, a mi juicio, cabe decir de la idea ciceroniana de patriotismo republicano, como virtud cívica, con su espléndida manifestación en la teoría de las dos patrias, como expone el autor (pp. 64-69), resumiendo precisamente que la patria natural es la comunidad de tradiciones y usos ancestrales, de costumbres familiares, de creencias compartidas, a cuyo amor no se debe renunciar, pero es a la patria política a la que se debe prestar la lealtad inquebrantable, en cuanto garante de la civilidad y la libertad. Esta lealtad se expresa en la obediencia a las leyes, y esta obediencia no es más que fruto de la *libertas* y al tiempo garantía de la misma. Esta idea de la conexión entre *libertas* y servidumbre a la ley es bien distinta a la parecida de Platón, porque se extiende a todos los ciudadanos. Pero hay más: la teoría de las dos patrias es una manifestación de un patriotismo republicano de naturaleza universal, alejándose de toda idea de nacionalismo xenófobo. Es difícil evitar que la idea ciceroniana no resuene fuertemente en nuestros oídos, cuando la idea de exclusión del « otro », como núcleo de la construcción de nuevas patrias, se propaga por nuestro mundo. La teoría de las dos patrias se convierte en *parola d'ordine* de nuestros agitados tiempos.

3.3. *El legado ciceroniano en la teoría política renacentista italiano y en la tradición jurídico-liberal anglosajona.*

En el capítulo III, desenvuelve Llano la recepción del legado jurídico político de Cicerón en el republicanismo humanista italiano y la tradición jurídico liberal anglosajona, dedicando especial atención a la Italia del « Trecento » y del « Quattrocento », al « Cinquecento » a través de Guicciardini y Maquiavelo (pp. 79-97), observando que en pocos países se hicieron tan operativos los ideales del neorrepblicanismo romano y los modelos de pensamiento maquiavélico como en Inglaterra, en la etapa que va de la *English Civil War* a la *Glorious Revolution* (pp. 97-117), dedicando finalmente (pp. 117-120) un enjundioso apunte a la influencia de Cicerón en la tradición republicana atlántica, subrayando el favor del que gozaba entre algunos de los *Founding Fathers* norteamericanos, en especial John Adams y Thomas Jefferson.

Perfectamente armónica con el resto del libro, esta parte del mismo, tiene algunos rasgos de un tratado autónomo, aunque obviamente solo puede ser leída como lo que es, una secuencia de aquel, e ilustra perfectamente la vitalidad e inspiración del pensamiento ciceroniano a través de grandes hitos del pensamiento jurídico-político de

menos sobre el hecho de que la *concordia ordinum* pueda ser un pacto social fundante y viable, sobre todo en determinadas incumbencias, o ante determinadas circunstancias.

Occidente Esto dicho, el contenido es tan rico y tan sugerente, que excedería claramente de la dimensión de mi propósito otra cosa que no fuese dar noticia. Noticia para juristas, para historiadores, para filósofos, para estudiosos de la teoría política, y, ojalá, para políticos.

4. *Cicerón nos interpela como hombres.*

4.1. *El Humanismo cosmopolita como clave de bóveda.*

Esta es la última razón, creo, de que Cicerón nos siga interpelando hoy, más allá de la mudanza histórica, más allá de su época, más allá de su papel personal en ella. Nos lo muestra Llano en colmadas páginas (pp. 123-159), en las que, entre tantas cosas, se convocan a dioses mayores de la libertad y la civilidad, Vitoria, Puffendorf, Kant, páginas que culminan el empeño del autor, cuya clave de bóveda la expresan con singular precisión tanto el título del capítulo: « El Humanismo cosmopolita de Marco Tulio Cicerón », como la frase que lo finaliza: « Cicerón contribuyó con su doctrina iusfilosófica a ampliar los límites del republicanismo romano al proyectar a toda la humanidad su defensa del gobierno de la razón, el imperio del Derecho y la garantía de la libertad » (p. 159).

4.2. *Eclecticismo y potencia de la dimensión ética: razones de una larga fortuna.*

En ese Humanismo cosmopolita (como subraya con exactitud el autor, « más allá del *ius gentium* », pp. 137-142), se hunden principales razones de la inmensa aceptación del pensamiento ciceroniano, para mí dos esenciales: el carácter ecléctico de su doctrina y la potencia de la dimensión ética de la misma. El eclecticismo, convendría tenerlo en cuenta, no es solo una forma de integrar el pensamiento ajeno, sino que, precisamente por ello, solo puede nacer del respeto y la tolerancia a los diversos sentires de los otros. En un pensador ecléctico siempre hay un modo de reconocerse, una manera propia de interpretarlo y reinterpretarlo. El eclecticismo no es, ni axiológica, ni epistemológicamente, un enfoque filosófico menor.

Añádase a ello la potencia de la dimensión ética. P. Frezza lo ha dicho con frase insuperable: « È gran mérito (*forse il più gran merito*) del pensiero giuridico dell'ultimo secolo della repubblica (ossia appunto del secolo di Cicerone) aver messo in evidenza la necessità di concepire l'esperienza giuridica come inseparabile dai valori etici » (43).

(43) *Fides bona*, en *Studi sulla buona fede*, Milano, 1975, p. 16. Cursiva del autor.

La experiencia jurídica y, conexas con ella, la política y filosófica, añadimos.

En estas dos razones se funda, creo, la fortuna de Cicerón a través de los tiempos, fortuna, anhelamos, destinada a perdurar.

5. *Epílogo.*

Concluye Llano su obra con un « Epílogo », donde campean la reivindicación de los clásicos, la del propio Cicerón, y agudas referencias a la realidad de hoy; páginas llenas de fervor intelectual. Educados en otra tradición de la historia de las ideas, algunos quizá no estamos en grado de compartirlo en su totalidad, lo que carece de toda importancia, precisamente porque se trata de un clásico, del que importan sus libros; y « clásico es aquel libro que una nación o un grupo de naciones o el largo tiempo han decidido leer como si en sus páginas todo fuera deliberado, fatal, profundo como el cosmos y capaz de interpretaciones sin término. ...Clásico no es un libro... que necesariamente posee tales o cuales méritos; es un libro que las generaciones de los hombres, urgidas por diversas razones, leen con previo fervor y con una misteriosa lealtad » (44). Es este « previo fervor » el que siempre nos unirá leyendo a Cicerón.

(44) Jorge Luis BORGES, *Sobre los clásicos*, en *Otras inquisiciones*, 1952, cito por *Obras Completas*, II, Buenos Aires, 1997, p. 151.

STEFANO MANNONI

PRO E CONTRO TOCQUEVILLE

(A proposito di Cédric Glineur, *Histoire des institutions administratives. X-XIX siècle*, Paris, Economica, 2017)

Nel *Dictionnaire encyclopédique de la décentralisation*, alla voce *Décentralisation*, si legge che « la plupart des auteurs de droit public et un grand nombre d'historiens estiment désormais qu'il ne faut plus penser avec Alexis de Tocqueville 'que la centralisation administrative est une institution de l'Ancien Régime et non pas l'œuvre de la Révolution ni de l'Empire' » (1). Ancora più perentorio uno storico dell'accentramento, Michel Biard: « l'idée d'un développement continu de la 'centralisation' de l'Ancien Régime au début du XIX siècle, est totalement erronée et doit être enfin résolument bannie de notre historiographie » (2). Rincarano ancora Saint-Bonnet & Sassier, questa volta sul terreno delle origini prerivoluzionarie del diritto amministrativo sostenendo che: « jusqu'à la Révolution, l'imbrication profonde parce que pluriséculaire de l'exécution et de la juridiction [...] ne peut être conceptuellement dépassée car la souveraineté, parce que unique et unitaire — le roi est juge et gouvernant —, interdit de penser les choses au-delà des contours nécessairement flous de la police » (3).

Pas si vite, verrebbe da esclamare! Certo vi è del vero in queste affermazioni, eppure la partita non è chiusa. A rilanciarla con una mossa poderosa è uno storico del diritto della *jeune garde*: Cédric Glineur.

Fiume sotterraneo. Chi non ricorda la potente metafora di Tocqueville, nell'*Antico Regime e la Rivoluzione*, invocata per rappresen-

(1) N. KADA, R. PASQUIER, C. COURTECUISE, V. AUBELLE, *Dictionnaire encyclopédique de la décentralisation*, Boulogne-Billancourt, Berger-Levrault, 2017, p. 360.

(2) M. BIARD, *Les lilliputiens de la centralisation*, Champ Vallon, Seyssel, 2007, p. 70.

(3) F. SAINT-BONNET, Y. SASSIER, *Histoire des institutions avant 1789*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2015, p. 448.

tare la continuità delle istituzioni statali al di là e al di sotto delle apparenti clamorose rotture: « qui lit un préfet lit un intendant » (4). Non scrive forse il grande liberale aristocratico che l'intendente e il prefetto sembrano darsi la mano sopra l'abisso della Rivoluzione? Ebbene Cédric Glineur si iscrive in questo augusto solco presentando un'imponente ed elegante storia delle istituzioni amministrative francesi dal X secolo al XIX che è un tributo alla *clarté française* tanto per la scioltezza con cui scorre sotto gli occhi del lettore quanto per la decisione con cui è presentata la tesi: sì la continuità c'è, eccome!

Istituzioni amministrative prima dell'amministrazione? Non pochi storici europei resterebbero interdetti di fronte a tanto ardire. Si possono qualificare di « amministrative » istituzioni calate nel contesto feudale e persino — a parere di molti — in quello dell'*État de justice*? Secondo Cédric Glineur la risposta è affermativa, poiché egli adotta un concetto sociologico-funzionale di amministrazione che sarebbe piaciuto a Max Weber: ossia la cura di interessi generali di una collettività da parte di un apparato. Del resto, aggiunge l'Autore, se dovessimo aspettare la presa di coscienza dottrinale dell'autonomia dell'amministrazione, ci troveremmo con le mani legate fino alla Rivoluzione e oltre. Ne è testimonianza Prost de Royer che alla vigilia del 1789 di fronte al lemma « administration » alzava le braccia impotente: impossibile metterla a fuoco! Ora sarebbe davvero curioso se ci si dovesse astenere dal parlare di « amministrazione » per periodi storici nei quali essa sussisteva nei fatti, e probabilmente nella coscienza degli attori, ma non assurdeva ancora ad autonoma categoria dottrinale. Sarebbe un'assurdità storiografica. Diciamo subito pertanto che questo approccio non scandalizza, ed anzi convince, anche quando usa l'astrazione « Stato » per realtà che per secoli l'hanno ignorata. La chiave per accettare tale impostazione è quella di condividere l'individuazione della forza motrice che spinge le istituzioni in una direzione univoca: quella della razionalizzazione, della impersonalità del rapporto tra potere e suddito, della costante interiorizzazione degli imperativi fiscal-militari. Una volta accettata questa prospettiva, diviene facile per il lettore muoversi con disinvoltura nelle pagine di un libro che accompagna con piglio sicuro tra un secolo e l'altro mettendo a fuoco le costanti delle istituzioni, le quali appaiono — occorre ammetterlo — contrassegnate da una formidabile propensione alla continuità.

Ciò che spiega anche la periodizzazione del tutto eterodossa rispetto a quelle convenzionali. Viene respinto il termine *a quo* del 1750 à la Pierre Legendre, così come quello del 1661, che non è teatro di nessuna « rivoluzione ». La prima data appare all'Autore arbitraria perché indimostrata, mentre la seconda gli sembra sopravvalutata per-

(4) A. DE TOCQUEVILLE, *L'Ancien Régime et la Révolution*, Paris, Michel Lévy, 1860, p. 115.

ché momento di accentuazione di un percorso già intrapreso. Osservazione sicuramente penetrante, anche se bisognosa di qualche attenuazione riguardo ai rapporti centro-periferia che in pieno Cinquecento vedono le città ancora molto libere rispetto al monarca, diversamente da ciò che avverrà sotto Luigi XIV ⁽⁵⁾. Quanto al termine *ad quem*, il XIX secolo, esso appare del tutto pertinente nella misura in cui l'eredità dell'Antico Regime si fa ancora sentire mentre l'impatto degli sconvolgimenti del XX secolo è ancora lungi dal manifestarsi.

Ma a colpire sono anche i contenuti che racchiude questa cornice temporale. Nella sua maestosa grandezza, davvero ricca è la messe di itinerari istituzionali affrontati.

Comincerò con un esempio che mi è perfettamente familiare e che ho ritrovato con piacere nelle righe del testo: il recupero delle tecniche di tutela degli intendenti sulle comunità locali da parte dei prefetti napoleonici. Qui lo Stato amministrativo napoleonico riprende senza arrossire addirittura gli stessi editti seicenteschi che avevano scandito l'appropriazione da parte del centro della gestione delle ramificazioni della periferia. Ottimo conoscitore degli intendenti, ai quali ha consacrato un'importante monografia, per Glineur questo arco temporale *c'est son métier*. Il che non gli impedisce di riconoscere onestamente il ruolo svolto dai Parlamenti fino al 1789. Gli *arrêts de règlements* permettono ai giudici ordinari di esercitare una estesa *police* che si pone in diretta concorrenza con quella dei commissari, restando incerto — a giudizio dell'Autore — se ciò avvenga contro il celebre Editto di Saint-Germain del 1641 o per una pacifica ammissione di legittimità da parte dell'ordinamento monarchico. E tuttavia il binomio *police et justice* non basta ad assorbire l'intero spettro della fenomenologia amministrativa. Accanto agli *officiers* e ai *commissaires*, ricorda l'Autore, esistono i *fonctionnaires*. Esempio egregio ne è la *ferme générale*: una imponente macchina burocratica che annovera ben 25.000 dipendenti e persino una propria forza di polizia. Si potrebbe certo obiettare che si tratta di un'impresa privata e non di un'amministrazione ministeriale. Ma il rilievo suonerebbe un po' formalistico. Sarebbe come a dire che la Compagnia delle Indie Orientali non è ascrivibile allo Stato inglese perché società commerciale! Nel caso della *ferme* poi una tale riduzione privatistica non consentirebbe di cogliere le importanti novità sullo statuto dei « pubblici » impiegati che emergono nella prassi operativa di questa formidabile macchina di esazione delle imposte. Stesso discorso vale per gli ingegneri dei ponti e delle strade, corpo specializzato che rivive dopo la Rivoluzione una seconda

(5) D. RIVAUD, *Les villes et le roi. Les municipalités de Bourges, Poitiers et Tours et l'émergence de l'État moderne (v. 1440-1560)*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2007, p. 290.

giovinezza sotto Napoleone stabilendo una preziosa identità: quella tra la deliberazione tecnica e il *bien public de l'État* (6).

Grande modernità quindi quella dell'Antico regime, fucina di soluzioni tecniche innovative quanto di una inedita morfologia dell'agire pubblico, non necessariamente rivestita di una formulazione giuridica nuova: le *juge-administrateur* continua a farla da padrone fino alla fine, mettendo un po' in ombra tutta la ricchezza di modalità operative che si affacciano alla ribalta, non solo su impulso degli imperativi fiscal-militari ma anche di una mutata percezione dell'interesse pubblico. Quest'ultima risulta di una chiarezza impressionante già sotto le righe degli intendenti di Luigi XIV, come rivelato dalla pubblicazione proprio da parte di Glineur delle *Instructions de l'intendant le Peletier de Souzy à son successeur en Flandre Wallonne* (1683) (7). Del resto anche sul terreno della riconciliazione tra prassi e istituzioni le novità non mancano. La creazione del *Comité contentieux des finances* da parte di Necker nel 1777 attesta la strada compiuta nella mente dei mandarini di Versailles tra amministrazione pura e contenziosa, un progresso che solo le avverse circostanze, con ogni probabilità, ha impedito di portare a maturazione.

A cospetto della fucina di modernità che è l'Antico regime, appare al lettore meno entusiasmante il percorso ottocentesco, non perché sia ricostruito con minore perizia, ma solo perché — oggettivamente — la celebrata amministrazione napoleonica ha un'aria di *déjà vu*. Del resto, proprio il terreno dell'innovazione amministrativa lascia un po' delusi. Prendiamo la polizia che per tanti è associata alla tentacolare attenzione di un Fouché. Ebbene bisogna aspettare il XX secolo per vedere affacciarsi una polizia nazionale poiché fino a quel momento il commissario di polizia è pagato dai singoli comuni. I temuti *renseignements généraux* sono affidati alla... polizia ferroviaria! Certo l'uniformità ha raggiunto un livello di perfezione straordinaria, così come lo è la tutela del centro sulle collettività locali. Ma a ben vedere questa amministrazione unitaria continua a fare leva sull'utilizzo delle risorse locali per espletare la stragrande parte delle funzioni pubbliche: non proprio uno *scoop* se visto nella prospettiva del lungo periodo. Non parliamo poi dello statuto dei pubblici impiegati che rimane primitivo per tutto il corso dell'Ottocento, esibendo così una enorme discrasia tra lo Stato celebrato o esecrato dalla pubblicistica e la realtà di una struttura portante alla fine piuttosto esile e artigianale.

(6) F. GRABER, *Paris a besoin d'eau. Projet, dispute et délibération technique dans la France napoléonienne*, Paris, CNRS, 2009, p. 121.

(7) C. GLINEUR, *La transition administrative au XVII siècle: les instructions de l'intendant Le Peletier de Souzy à son successeur en Flandre Wallonne* (1683), Paris, Éditions du Comité des travaux historiques et scientifiques, 2013.

Ecco allora che i conti alla fine tornano. È cambiata la pelle ma muscoli e tendini sono gli stessi sviluppatisi nel corso di secoli di palestra monarchica. La continuità fa aggio sulla modernità di questo Stato ottocentesco che paga un tributo formale alla Rivoluzione senza riconoscere il suo autentico debito verso l'assolutismo.

Bell'itinerario quello che ci offre Cédric Glineur quindi. Ma come ogni rosa che si rispetti anche questa ha le sue spine di cui occorre dare conto. Vediamo sinteticamente i punti più controversi della Sua ricostruzione:

a) *Il mito di Turgot*. Ai confini meridionali del regno di Francia nel corso del Settecento si svolge un esperimento di tutto rispetto di amministrazione illuminata che è quello degli intendenti savoirdi. Che nulla hanno da invidiare a quelli francesi per attribuzioni, competenze e risultati: troviamo catasti, riforme fiscali, grandi opere etc. ⁽⁸⁾ E allora? Ebbene si ha l'impressione che gli storici del diritto francesi siano un po' abbacinati dall'intendente illuminato, dal mito di Turgot, il che li porta a considerare unica e incommensurabile la stagione gallicana del riformismo settecentesco. Eppure il confronto si rende necessario perché se è vero che quello che troviamo a Parigi lo riscontriamo anche negli archivi di Torino, sorge spontanea la domanda se gli esiti così diversi tra le due esperienze non siano proprio ascrivibili a quel momento rivoluzionario, di cui si tende a ridimensionare la portata. *C'est la faute à Voltaire, c'est la faute à Rousseau...* verrebbe proprio da convenire con Gavroche. Se le premesse sono le stesse e i risultati diversi, è perché nel mezzo troviamo il 1789;

b) *La fine del juge-administrateur*. Chiunque abbia trascorso un po' di tempo negli archivi di un'intendenza francese, stenta ad accettare l'idea che questo dignitario fosse *juge-administrateur* al pari dei Parlamenti. Troppe le differenze di stile, azione, rapporti col territorio. E in effetti, proprio il professor Glineur mette magistralmente in luce nella sua opera consacrata all'intendenza del Nord come la rapida giustizia del commissario fosse apprezzata dai sudditi quale espressione di una modalità radicalmente alternativa a quella della

(8) H. COSTAMAGNA, *Les intendants du Comté de Nice au XVIII^e siècle*, in « Cahiers de la Méditerranée », 1979, 18, *Les institutions de la Maison de Savoie dans l'ancien Comté de Nice*, pp. 13-27; L. PERRILLAT, *L'administration des ponts et chaussées en Savoie sous l'Ancien Régime (XVI-XVIII siècles)*, in *XL Congrès des sociétés savantes de Savoie*, Sep. 2004, Saint-Jean-de-Maurienne, Soc. Savoisienne d'Histoire et d'Archéologie, 2005, pp. 191-216; R. VERDO, *Les attributions des intendants sardes en Savoie au XVIII^e siècle*, in « Revue historique du droit français et étranger », 90 (2012), 4, pp. 517-548; A. FOLLAIN, *Le village sous l'Ancien Régime*, Paris, Fayard, 2008, p. 368 e ss.

giustizia ordinaria ⁽⁹⁾. Eppure, andando al fondo delle cose, non vi era una differenza di qualità giuridica tra le due istituzioni. Come ha mostrato Philippe Payen, i Parlamenti amministrano una quota consistente di affari pubblici fino al 1789. Ma se è così, la liquidazione del potere giudiziario operata nel 1789 davvero rappresenta una enorme discontinuità con l'Antico Regime per almeno due ragioni. Espelle i giudici dall'agone amministrativo, ponendo fine a una tradizione secolare di naturale commistione di ruoli tra giurisdizione e amministrazione. E crea le condizioni per l'emersione di una nuova figura di *administrateur-juge*, — il prefetto — che svolge in consiglio di prefettura la funzione contenziosa, come evidenzia bene Luca Mannori. Se la prima novità non può essere sopravvalutata, poiché mette la pietra tombale su ciò che rimaneva dell'*État de justice*, sulla seconda si deve però essere un po' più cauti. Il dualismo tra prefetto, che amministra da solo, e il consiglio di prefettura nel quale si sbriga il contenzioso, ricorda da vicino quella tra l'intendente e il suo consiglio di *hommes de loi*, riannodando quindi il filo della continuità. Resta comunque l'impressione che i francesi, abituati da lungo tempo a un ruolo gregario del potere giudiziario (all'opposto degli italiani... *hélas!*) abbiano un po' sottovalutato l'enorme portata della decisione costituente di mettere alla porta dell'amministrazione quel magistrato ordinario che per secoli aveva interpretato il ruolo di principale portavoce degli interessi collettivi. Decisamente più persuasivo è invece il ponte stabilito tra la giustizia ritenuta di Antico Regime e il contenzioso amministrativo ottocentesco, anche se non bisogna indulgere troppo nella tendenza a retrodatare le origini del diritto amministrativo;

c) *L'individualismo borghese*. Nella sua monumentale ricerca sulla fine delle corporazioni Steven Kaplan ha messo bene in risalto l'effetto choc delle leggi D'Allarde e Le Chapelier sulla società francese ⁽¹⁰⁾. La creazione di una società fondata su un radicale individualismo borghese, sancito poi dal Codice civile del 1804, esigeva un ordine giuridico e istituzionale che compensasse il vuoto creato dalla distruzione di tutti i corpi intermedi. Orbene la centralizzazione amministrativa svolge esattamente questa missione che è completamente estranea al tipo di accentramento « pluralistico » conosciuto prima del 1789. Mentre infatti l'intendente si muoveva in un paesaggio popolato da una miriade di soggetti sociali e corporativi, il prefetto napoleonico deve assicurare la coesione di una società che non si sorregge più da sola. Non è un caso che manifestazione precipua della tutela amministrativa sui comuni sia il sistematico annullamento dei regolamenti di *police*

⁽⁹⁾ C. GLINEUR, *Genèse d'un droit administrative sous le règne de Louis XV. Les pratiques de l'intendant dans les provinces du Nord (1726-1754)*, Orléans, Presses universitaires d'Orléans, 2005, p. 155.

⁽¹⁰⁾ S.L. KAPLAN, *La fin des corporations*, Paris, Fayard, 2001, p. 560.

municipale che ristabilivano forme surrettizia di corporativismo economico. « Que trente-huit mille conseils municipaux *décident* », esclamava Léber (veterano capo del contenzioso dei comuni al ministero dell'Interno), « et fassent exécuter leurs décisions sans le concours des préfets, il ne faudra pas dix ans pour ramener en France le régime des coutumes et des privilèges » (11). Non è un mistero del resto che l'amministrazione napoleonica si sia interrogata in modo tormentoso se dare la stura a queste rivendicazioni nostalgiche, propendendo infine per tenere il punto individualista (12). Testimonianza del fatto che, lasciata a se stessa, la società post-rivoluzionaria rischiava di riproporre quelle forme di solidarietà giuridica messe al bando dall'individualismo borghese. Il che spiega gli assillanti moniti rivolti da Adolphe Thiers, il più lucido fautore dell'accentramento, ai teorici della libertà locale: « fate attenzione che la corporazione cacciata dalla porta rientra dalla finestra! ». *Les liens sociaux brisés*, un tema ricorrente nella polemica anticentralista, sono una realtà alla quale l'amministrazione risponde con tecniche di controllo sociale — tra cui la stessa tutela e l'ordine pubblico — nonché mediante il dialogo con i notabili, l'interlocutore necessario del prefetto (13). Spesso autoritaria, essa è anche capace di mediare tra le masse di granito di notabili in cerca di un punto di riferimento, e una capitale insicura della sua autorità. La sistematica ricerca da parte dei liberali dei canali per costruire dal niente una società *déférentiel* che assicurasse la naturale obbedienza delle masse si scontra con ostacoli insuperabili che lasciano integra la soluzione amministrativa centralista.

Orbene questa fisionomia dell'amministrazione, questa logica, questa solidarietà con l'ordine borghese la rendono difficilmente assimilabile a quanto l'ha preceduta prima del 1789. Le tecniche di governo possono essere le stesse; ma la cancellazione del pluralismo sociale è istituzionale operato dalla Rivoluzione ne fanno un *unicum*.

Pro o contro Tocqueville allora? Lucien Jaume, nella sua bella

(11) C. LEBER, *Histoire critique du pouvoir municipal*, Paris, Audot, 1828, pp. 509-510.

(12) I. MOULLIER, *Le ministère de l'Intérieur sous le Consulat et le Premier Empire (1799-1814). Gouverner la France après le 18 brumaire*, thèse histoire 2014, Université Lille III, pp. 454-471.

(13) E. BARGE-MESCHENMOSER, *L'administration préfectorale en Corrèze (1800-1848)*, Limoges, Pulim, 2000, p. 171; M.-C. THORAL, *L'émergence du pouvoir local. Le département de l'Isère face à la centralisation (1800-1837)*, Grenoble, Presses Universitaires de Grenoble, 2010, pp. 25-33.

biografia dedicata al Maestro, ne ha sottolineato con durezza la forte inclinazione aristocratica nonché l'abitudine a trattare della comparazione o della storia con un occhio ben puntato sul presente francese: *de te fabula narratur!* ⁽¹⁴⁾ Però il Tocqueville di Jaume è quello della *Démocratie en Amérique* e non l'autore dell'*Ancien Régime et la Révolution*. Il che fa una bella differenza. Ora non vi è dubbio che nella sua ricostruzione continuista Tocqueville abbia accentuato fortemente i toni, riecheggiando più di quanto non fosse necessario le parole del suo avo Malesherbes: di qui la scelta prudenziale della maggioranza degli autori di fermarsi alle porte del 1789. Uno spartiacque però — e questo lo ha capito benissimo il professor Glineur — più subito che metabolizzato con convinzione. Fu vera rottura? La risposta della magnifica opera che ci consegna il collega di Amiens è che non lo fu affatto. Gettando così la palla dall'altra metà del campo e costringendoci tutti — anche coloro che pensavano di avere lasciato queste fatiche alle spalle — a raccogliere la sfida in un *match* che si è arricchito di un nuovo entusiasmante tempo.

⁽¹⁴⁾ L. JAUME, *Tocqueville*, Paris, Fayard, 2008.

PIERO MARINO

VERSO UNA GIUSTIFICAZIONE ETICA DEL DIRITTO?

(A proposito della *Rechtsethik* di Dietmar von der Pfordten)

1. Il fatto e la norma. — 2. Interessi e diritti. — 3. Politica e dignità. — 4. Diritto e sovranità politica: verso un piano tridimensionale.

Queste pagine hanno l'obiettivo di presentare e discutere criticamente il volume sulla *Rechtsethik* del filosofo tedesco Dietmar von der Pfordten ⁽¹⁾. Nel lavoro è possibile individuare tre linee direttive: la prima conduce, attraverso una ricostruzione dei possibili rapporti tra diritto e morale, alla questione della *giustificazione* etica del diritto; la seconda, attraverso un'articolata quanto sistematica analisi del panorama giusfilosofico passato e contemporaneo, porta alla formulazione del metodo dell'*individualismo normativo*; la terza, infine, si rivolge agli aspetti *materiali* della giustizia sociale.

Il filo conduttore di questa nostra presentazione è costituito dall'incontro di tali linee direttive con la riflessione più recente del filosofo sulla dignità umana, allo scopo di metterne in luce soprattutto i risvolti etico-politici: su questo piano sarà possibile instaurare un

⁽¹⁾ D. VON DER PFORDTEN, *Rechtsethik* (2001), München, Verlag G.H. Beck, 2011². Il lavoro, ampio ed articolato, attraverso un esauriente quadro d'insieme delle differenti teorie filosofiche dell'etica giuridica, mira a elaborarne una visione sistematica che, nei contributi successivi dell'autore, alcuni dei quali tradotti in italiano, pone al centro dei suoi interessi la questione tanto etica quanto giuridica della dignità umana. I contributi in questione, oggetto diretto della presente recensione critica, sono: *Zur Würde des Menschen bei Kant*, in *Recht und Sittlichkeit bei Kant*, « Jahrbuch für Recht und Ethik », hrsg. von B.S. Byrd, Berlin, 2006, pp. 501-517 (tr. it. col titolo: *La dignità umana in Kant*, in « La Cultura », XLIX (2011), 2, pp. 209-225); *Fünf Elemente normativer Ethik — Eine allgemeine Theorie des normativen Individualismus*, in « Zeitschrift für philosophische Forschung », LXI (2007), pp. 283-319; *Was ist Recht? Ziele und Mittel*, in « Juristenzeitung », LXIII (2008), pp. 641-652 (tr. it. col titolo: *Sul concetto di diritto. Fini e mezzi*, in « Rivista di filosofia del diritto », II (2016), pp. 317-340); *Menschenwürde*, München, Verlag C.H. Beck, 2016; *Considerazioni sul concetto di dignità umana*, in *La dignità umana in questione. Un percorso nel dibattito giusfilosofico*, a cura di V. Marzocco, Torino, Giappichelli, 2018, pp. 1-18.

dialogo produttivo con la riflessione di Jürgen Habermas, che su più punti incrocia quella dell'autore.

1. *Il fatto e la norma.*

Nella riflessione filosofico-giuridica di von der Pfordten, la morale e il diritto sono caratterizzati da un comune elemento *normativo*: se la prima svolge la funzione di orientare, sul piano delle coscienze, il comportamento individuale e sociale, il secondo assume invece il compito di prevenire e dirimere i conflitti sul piano oggettivo e formalizzato della positività giuridica (*Rechtsethik*, pp. 7-20 e pp. 73-81).

Una simile distinzione tra le sfere d'azione del diritto e della morale non toglie, tuttavia, che uno dei possibili intrecci tra loro si realizzi proprio sul piano della normatività. Emerge da qui la domanda sul modo attraverso cui il diritto può interagire normativamente con la morale, influenzandola in modo legittimo (p. 90). La risposta chiama in causa un terzo elemento, quello di un'etica normativa e regolativa: « L'influenza del diritto sulla morale è legittima unicamente se il diritto come strumento di tale influenza è eticamente legittimo » e se la stessa « morale che deve essere influenzata è di per sé eticamente legittima » (pp. 93-94). Sia la morale che il diritto, dunque, sono storicamente collocati e risultano portatori di una dialettica interna di legittimazione che li riconduce, rispettivamente, all'*etica-della-morale* e all'*etica-del-diritto* (pp. 63-65 e ss.).

Questi, a nostro giudizio, i motivi di fondo per i quali l'autore, nel porsi fin dall'inizio la domanda sul diritto giusto (pp. 1-6), sembra focalizzarsi, piuttosto che sulla differenza tra positivismo giuridico e giusnaturalismo, sullo spartiacque concettuale tra sostenitori e detrattori di una possibile relazione tra diritto ed etica (pp. 108-120). Distinzione, quest'ultima, che taglia in qualche modo trasversalmente le correnti del positivismo giuridico ⁽²⁾ e del giusnaturalismo ⁽³⁾ e che conduce von der Pfordten ad optare per una concezione da lui denominata normativismo etico-giuridico (*Rechtsethischer Normativismus*), secondo la quale la giustificazione del diritto positivo attraverso l'etica

(2) Nell'ambito del positivismo giuridico, l'autore ne distingue una versione rigida ed una versione moderata. Mentre la prima nega decisamente la possibilità di un'influenza dell'etica sul diritto, la seconda, pur distinguendo in modo netto tra il diritto *come è* ed il diritto *come dovrebbe essere*, non chiude le porte all'etica (p. 111).

(3) È possibile trovare traccia di tale distinzione anche nel campo del giusnaturalismo, dal momento che alcune delle sue forme (nella fattispecie quelle che considerano l'elemento etico interamente interno al diritto positivo) finiscono, nei fatti, per negare la possibilità di tale relazione dialettica. Si veda quanto von der Pfordten scrive a proposito dell'essentialismo e del diritto naturale classico (pp. 191-195).

risulta senz'altro possibile sia sotto il profilo fattuale che sotto quello normativo, senza però implicare alcun riferimento ontologico. Pertanto, nel tentativo di districare concettualmente l'inscindibile intreccio tra le sfere d'azione del diritto e della morale, il normativismo etico-giuridico chiama in causa il ruolo svolto dalla filosofia *pratica* (pp. 120-211) ⁽⁴⁾.

Il piano di fondo del ragionamento può essere ricondotto ad una formula di tipo binario: il diritto, inteso quale elemento sociale, rappresenta in qualche modo il *fatto* che l'etica è chiamata a *normare*, mentre la morale, anch'essa socialmente intesa, è a sua volta considerata nella sua dimensione fattuale, da legittimarsi attraverso il richiamo all'etica. L'azione normativa del diritto sulla morale può dunque avere luogo e legittimità unicamente attraverso l'etica. Pertanto solo il richiamo alla giustificazione — normativa — di quest'ultima sembra in grado di salvaguardare la funzione normativa di entrambi e soprattutto di rendere legittimo e non arbitrario il loro intreccio.

È possibile individuare in queste riflessioni la stessa tensione tra *validità* e *fattualità* che secondo Habermas caratterizza l'esperienza giuridica ⁽⁵⁾. Tale tensione rappresenta il punto critico e problematico di qualsiasi dottrina del diritto che, riconnettendone la funzione ad elementi di tipo etico e morale, intenda salvaguardarne — in contrapposizione al disincanto sociologico — la dimensione autenticamente normativa ⁽⁶⁾. Nel tentativo di dare ragione dell'esperienza giuridica, Habermas inserisce questi problemi nella più ampia prospettiva teorica dell'agire comunicativo: ciò che desta il nostro interesse è il fatto che il diritto sia chiamato in causa, da un lato, in relazione alla politica — nel

⁽⁴⁾ Analizzando la questione sul piano tanto fattuale che normativo, l'autore mostra che per alcune teorie filosofiche, da lui definite nichiliste, la giustificazione etica del diritto sarebbe impossibile su entrambi i piani; secondo altre (qui l'autore chiama in causa Kelsen e Schmitt) essa risulterebbe senz'altro possibile sotto entrambi gli aspetti, ma non per questo opportuna; infine, secondo le teorie essenzialiste, in nome di principi sostanzialmente ontologici, tale giustificazione sarebbe necessaria su entrambi i piani. Dal suo proprio punto di vista, von der Pfordten vede nella giustificazione etica del diritto una *possibilità* — fattuale e normativa — *non necessaria*. Sulla funzione della filosofia pratica si veda anche p. 22 e ss.

⁽⁵⁾ Cfr. J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1992; tr. it. — che comprende anche la Postfazione alla quarta edizione tedesca (1994) — a cura di L. Ceppa, *Fatti e norme*, Roma-Bari, Laterza, 2013.

⁽⁶⁾ HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, cit., pp. 53-96. Habermas si riferisce in particolare alle filosofie della giustizia che avrebbero il merito di porre al centro la dimensione normativa del diritto, ma il torto di non rendere ragione della fattualità sociale in cui si quest'ultimo si radica.

contesto del moderno stato democratico — e, dall'altro, in relazione alla morale. Pertanto, il processo di giustificazione del diritto positivo, letto come riconduzione della fattualità alla validità, può essere esercitato sia sul piano della morale che su quello della legalità democratica (7).

Tornando a von der Pfordten, la domanda sul diritto giusto e sulla possibilità che quest'ultimo interagisca concretamente con la morale sociale lo spinge, in primo luogo, a chiarire *che cosa*, sul piano del diritto, debba essere condotto a giustificazione etica e, in secondo luogo, a delucidare il *come* di tale processo. Se la prima questione chiama in causa l'intreccio di interessi e diritti di cui i soggetti giuridici risultano portatori, la seconda chiama in causa il ruolo performativo del politico e la sovranità decisionale che, nel moderno stato democratico, appartiene ad ogni cittadino.

2. *Interessi e diritti.*

La domanda sulla giustizia del diritto chiama in causa gli individui in quanto soggetti *morali* che entrano in reciproca relazione (*Rechtsethik*, pp. 216-218) (8). Al di fuori di tale duplice caratterizzazione, vale

(7) Ivi, p. 98 e ss. Ciò che Habermas indica con il termine 'morale' non coincide pienamente con l'utilizzo che ne fa von der Pfordten: per quest'ultimo, come visto, l'etica può essere ricondotta ad una sorta di esperienza riflessiva atta a giustificare l'azione morale. Quest'ultima, sebbene intimamente caratterizzata da una funzione normativa, è considerata, in queste pagine iniziali del testo sulla *Rechtsethik*, nella sua collocazione storico-sociale. Viceversa, Habermas utilizza il concetto di etica in relazione alla sfera dell'oggettivazione (secondo la tradizione hegeliana) ed il termine 'morale' nel preciso solco della tradizione kantiana, dotandolo in tal modo di quella tensione universalistica e categorica che desta il nostro interesse in riferimento all'etica del diritto (cfr. J. HABERMAS, *Erläuterungen zur Diskursethik*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1991; tr. it. di E. Tota, *Teoria della morale*, Roma-Bari, Laterza, 1994). D'altro canto, il fatto che von der Pfordten parli di 'etica' a proposito della giustificazione dell'azione morale e del diritto positivo, rimanda senz'altro all'ambito dell'oggettività. Per entrambi, etica e morale convergono senz'altro sul piano più ampio della ragion pratica, piano che, come visto, a giudizio di von der Pfordten, concerne l'esperienza del diritto e la sua possibile giustificazione e che, secondo Habermas, si apre anche alla prospettiva dell'azione politica. Quello che li distingue, in sostanza, è il metodo utilizzato per ricondurre a giustificazione etica l'azione morale degli individui e la produzione del diritto: il primo, come vedremo, chiama in causa il sistema dell'individualismo normativo, mentre il secondo, richiamandosi alla tensione tra moralità ed eticità, rimanda alla teoria dell'agire comunicativo che, riconnettendosi alla sfera più ampia della ragion pratica, include anche il piano della politica.

(8) « La giustizia, nella concezione comune del termine [...] è sempre riferita all'altro, vale a dire ad un altro essere che guadagna una considerazione morale ed etica »

a dire in presenza del semplice elemento relazionale, non siamo di fronte ad una domanda sulla giustizia, ma alla semplice domanda sulla *vita buona* ⁽⁹⁾.

In realtà, tale distinzione può risultare problematica se si prendono in considerazione gli elementi dell'azione individuale chiamati alla giustificazione etico-giuridica e indicati come moralmente rilevanti, quali possono essere *scopi, desideri, bisogni e impulsi* ⁽¹⁰⁾: sia la domanda sulla vita buona che quella sulla vita giusta, infatti, prendono in considerazione questi elementi, ma ad essi guardano in modo differente; il che significa che, presi di per sé, essi non sono da considerarsi immediatamente come moralmente rilevanti. Il metodo dell'*individualismo normativo*, cui aderisce von der Pfordten, si occupa proprio di portarli a giustificazione etico-giuridica, indicando come banco di prova l'incontro — necessariamente sociale e comunitario — delle differenti individualità. Escluso in tal modo il ricorso a giustificazioni di tipo *collettivistico* (quali la patria, la nazione, il popolo, etc.), l'azione individuale resta l'unica forma degna di considerazione etico-normativa (pp. 283-316) ⁽¹¹⁾. Quest'ultima, seppur radicata sul piano morale dell'autonomia soggettiva, prende forma concreta in tre diversi ambiti: la sfera degli interessi individuali (*Individualzone*), la sfera degli interessi sociali (*Sozialzone*) ed un terzo ambito, denominato sfera relazionale (*Relativzone*), che comprende gli elementi in cui entrano in gioco e si intrecciano gli interessi di entrambe le categorie (pp. 471-522).

Tenendo ferma la distinzione tra fattualità e validità che abbiamo inteso assumere quale piano di lettura, non possiamo non notare come tali elementi assumano senz'altro un intrinseco valore morale, ma (a meno di non voler far riaffiorare reminiscenze di tipo giusnaturalistico) unicamente se considerati sotto il punto di vista — normativo — dell'etica. Osservati dal lato della fattualità, essi appaiono invece orientati alla semplice realizzazione individuale, il che li ricondurrebbe in

ed è sempre « una virtù o una caratteristica di un'azione o di una norma in relazione all'altro, cioè una caratteristica relazionale » (pp. 216-217).

⁽⁹⁾ « La domanda sulla giustizia non comprende la domanda sulla vita buona, sull'*Ethos*. Le domande sulla vita buona non incontrano l'altro sul piano della morale e non possono condurre a norme categoriche » (p. 218). Si noti l'utilizzo del termine *Ethos* che, in questa circostanza, differisce radicalmente, nel valore, dal termine 'etica', richiamato in precedenza.

⁽¹⁰⁾ Cfr. VON DER PFORDTEN, *Fünf Elemente normativer Ethik*, cit., pp. 466-470.

⁽¹¹⁾ Cfr. D. VON DER PFORDTEN, *Normativer Individualismus versus normativer Kollektivismus in der politischen Philosophie der Neuzeit*, in « Zeitschrift für Philosophische Forschung », LIV (2000), 4, pp. 491-513.

qualche modo al piano della vita buona ⁽¹²⁾; a sua volta, la distinzione in tre differenti sfere d'azione rischia di avere una connotazione meramente empirica e può assumere valore normativo unicamente se ulteriormente giustificata.

Nell'esemplificare il metodo dell'individualismo normativo, von der Pfordten si esprime, singolarmente, attraverso una metafora di tipo geometrico: « Nel delimitato spazio bidimensionale della geometria euclidea possiamo liberamente tracciare due rette non parallele, che si incontreranno necessariamente in un unico punto d'intersezione » ⁽¹³⁾. Che le rette *non* parallele rappresentino le diverse individualità — a loro volta portatrici di determinate caratteristiche e differenti interessi da giustificare — è abbastanza chiaro, così come il loro punto di intersezione rappresenta senza dubbio l'incontro etico-giuridico da individuare. Tuttavia, la parola chiave, in questa espressione metaforica, sembra essere rappresentata dal riferimento al piano euclideo: da un lato, infatti, quest'ultimo può essere inteso come il luogo nel quale è possibile dirimere le controversie ed i conflitti destati dall'incontro dei comportamenti individuali, concretizzati nelle differenti sfere degli interessi; dall'altro, considerando che viene a rappresentare la *conditio sine qua non* di tale incontro, ne determina a tutti gli effetti le condizioni di possibilità teorica e concreta. In quanto luogo d'incontro dell'azione individuale e condizione di distinzione delle differenti sfere degli interessi, esso rappresenta il piano normativo del diritto e rimanda al discorso sulla giustificazione etica e quindi alla domanda sui diritti

(12) Von der Pfordten presenta la relazione tra la domanda sulla giustizia e la domanda sulla vita buona secondo un piano cartesiano per il quale tanto più la prima risulta astratta, tanto meno è chiamata a subire l'influenza — normativa — della seconda, mentre più la prima si fa concreta, tanto più necessita della influenza normativa dell'altra (pp. 315-316). Questo schema affronta la questione sul piano della concrezione dei principi etico-giuridici di giustizia attraverso cui siamo chiamati a dirimere le controversie tra gli individui; concrezione che, riconoscendo uno spazio autonomo ai contenuti particolari dell'*Etos*, prende infine forma nella distinzione delle tre zone della giustizia sociale (pp. 525-528). Tale distinzione dà per assunta la possibilità effettiva della domanda sulla giustizia. Resta, a nostro avviso, la difficoltà di individuare le condizioni attraverso cui l'azione individuale risulti investita di quella responsabilità morale della quale pure appare portatrice.

(13) D. VON DER PFORDTEN, *Zur Frage der Rechtfertigung des normativen Individualismus*, in « Juristenzeitung », XIII (2006), p. 668. A tal proposito, l'autore parla di oggettivismo debole (*Rechtsethik*, p. 37), contrapponendolo, come modello, sia alle teorie che sostengono la possibilità di individuare il piano etico indipendentemente dall'espressione delle differenti individualità (*oggettivismo forte*) che alle teorie soggettivistiche (deboli o forti che siano) le quali escludono, in sostanza, il piano etico dalle caratteristiche dell'azione individuale.

fondamentali; in quanto condizione di possibilità dell'incontro normativo, richiama, a nostro giudizio, la dimensione del politico.

Di conseguenza, la considerazione etico-normativa dell'azione umana non risulta indipendente dal piano delle istituzioni politiche al cui interno prende forma, mentre la domanda sulla giustizia del diritto — propedeutica alla domanda sui modi attraverso cui quest'ultimo può legittimamente influenzare la morale sociale — si traduce in realtà nella domanda sul processo che, partendo dal piano delle differenti sfere degli interessi individuali, conduce, attraverso il piano della legittimazione politica, al piano — normativo — dei diritti.

3. *Politica e dignità.*

Nelle riflessioni di von der Pfordten, il fine specifico della politica consiste nella « connessione dei possibili interessi che vanno nella medesima direzione e nella mediazione tra quelli che vanno in direzione differente o conflittuale »⁽¹⁴⁾. La politica è dunque espressione dell'azione collettiva della comunità ma, in coerenza con i principi dell'individualismo normativo, riflette il criterio della rappresentanza, criterio che, nel moderno stato democratico-costituzionale, si esprime legalmente, vale a dire attraverso il diritto⁽¹⁵⁾. L'elemento che però la separa da quest'ultimo consiste nel fatto che ad essa è attribuita la possibilità — ideale — della decisione ultima⁽¹⁶⁾. Al tempo stesso la politica, a differenza del diritto, ha tra i propri scopi la risposta alla domanda sulla vita buona e non solamente sulla vita giusta⁽¹⁷⁾. Così considerato, però, il politico sembra svolgere il ruolo di trasferire la domanda sulla giustizia sul piano concreto della realizzazione e mediazione sociale, vale a dire di garantire, a tutela degli interessi individuali, la concrezione di quei diritti di cui gli individui stessi risulterebbero già portatori; il che è evidentemente diverso dal supportare la legittimazione degli interessi sul piano del diritto. In altri termini: collocare sul piano del politico, seppur attraverso la mediazione della legalità giuridica, le condizioni concrete dell'incontro delle *rette non parallele*, lascia comunque aperta,

(14) D. VON DER PFORDTEN, *Über den Begriff des Politischen*, in « Zeitschrift für Philosophische Forschung », LXVIII (2014), p. 53. Gli interessi in questione sono i medesimi citati in precedenza, vale a dire quelli che rimandano a caratteristiche eticamente suscettibili.

(15) Ivi, p. 51. La rappresentanza, in quanto caratteristica essenziale del politico, non è propria solo dello stato diritto, sebbene nell'ambito di quest'ultimo trovi realizzazione legale (ivi, pp. 39-44).

(16) *Ibidem*.

(17) Ivi, p. 56.

sotto il profilo della legittimazione teorico-giuridica, la questione della riconduzione degli interessi sul piano dei diritti.

In questione non sono, però, solamente gli interessi primari, ma anche gli interessi di second'ordine: « Se soltanto gli individui possono rappresentare l'autorità etica ultima e, se essi possono decidere in linea di principio autonomamente circa le qualità giustificabili, allora il novero degli interessi possibili non deve essere ridotto agli interessi generali più concreti, come l'integrità morale e fisica. Il primo e maggiore interesse consiste invece nel desiderio o nell'interesse di second'ordine ad avere interessi primari »⁽¹⁸⁾. Questa riflessione porta in primo piano la questione della *dignità* umana intesa quale padronanza e « autodeterminazione dei propri interessi [...], condizione necessaria dell'azione morale, in quanto ogni azione autenticamente morale richiede una limitazione dei propri desideri e appetiti su un meta-livello valutativo »⁽¹⁹⁾.

Il richiamo alla dignità umana quale elemento intrinsecamente morale, e di per sé aperto alla condizione normativa, svolge indubbiamente un ruolo importante nella trasposizione del piano degli interessi sul piano dei diritti. Se, sotto il profilo storico e giuridico, infatti, il riconoscimento della tutela della dignità umana è senz'altro successivo alla codificazione dei diritti che concernono la tutela degli interessi primari, sotto il profilo fondativo può essere considerato prioritario, dal momento che riposa sul principio dell'autodeterminazione etica, condizione indispensabile affinché ogni individuo possa veder riconosciuto il diritto alla realizzazione dei propri interessi in una prospettiva comunitaria⁽²⁰⁾. In altri termini, il riferimento alla centralità della dignità umana permette di individuare un momento intrinsecamente etico nella gestione degli interessi individuali, garantendone la considerazione secondo un punto di vista, a sua volta, intrinsecamente normativo.

⁽¹⁸⁾ VON DER PFORDTEN, *Considerazioni sul concetto di dignità umana*, cit., p. 13.

⁽¹⁹⁾ Ivi, pp. 15-16. L'autore riconduce a Kant questa considerazione sulla dignità umana, intesa quale « qualità di un essere razionale il quale non obbedisce ad alcuna legge che non sia quella che egli stesso contemporaneamente dà a se stesso » (ivi, p. 7) e sottolinea in modo pregnante come essa non possa invece essere ricondotta alla seconda formula dell'imperativo categorico — ossia alla formula che impone di considerare l'umanità in sé e negli altri sempre anche come fine e mai semplicemente come mezzo — dal momento che quest'ultima nulla ci dice circa il fondamento di tale obbligo. Al contrario, la considerazione sull'autodeterminazione dell'azione etico-morale del soggetto costituisce proprio il fondamento dell'obbligo etico (ivi, pp. 7-10) e dunque, potremmo dire, la stessa radice dell'*agire normativo*. La questione è ulteriormente approfondita in VON DER PFORDTEN, *Sulla dignità umana in Kant*, cit.

⁽²⁰⁾ Cfr. VON DER PFORDTEN, *Menschenwürde*, cit., pp. 107-108.

Tuttavia, il riferimento alla dignità umana, concretizzata a sua volta nel diritto all'autodeterminazione individuale, apre ancora una volta le porte alla questione della sovranità politica. Nella prospettiva dei moderni stati democratici, la dimensione rappresentativa della politica si esprime attraverso le procedure del diritto: in tale contesto, il metodo dell'individualismo normativo ha il merito di ricondurre le decisioni fondamentali sugli interessi in campo proprio a coloro che di tali interessi risultano portatori (pp. 253-265) ⁽²¹⁾. Tuttavia questo elemento, ancorché necessario, non ci sembra sufficiente: se in tal modo si spiega agevolmente l'influenza esercitata dal diritto sulla politica, radicando quest'ultima sul piano della rappresentanza degli interessi individuali, si rischia comunque di lasciare nell'ombra il processo di trasposizione del piano degli interessi sul piano del riconoscimento di diritti, processo che deve in qualche modo passare attraverso la decisione politica e, soprattutto, volendo prendere sul serio il riferimento all'autodeterminazione, attraverso l'espressione della sovranità democratica.

4. *Diritto e sovranità politica: verso un piano tridimensionale.*

L'ambiguità del diritto moderno, conteso tra necessarie istanze di positivizzazione e statualizzazione ed il bisogno morale di salvaguardare un momento di indisponibilità — momento che nelle società pre-moderne era rappresentato da elementi di tipo religioso ⁽²²⁾ — è stata ricondotta da Habermas ad una duplice caratterizzazione dei principi di autonomia ed autodeterminazione: da un lato, essi si manifestano attraverso il richiamo ai diritti fondamentali degli individui, dall'altro, si legittimano attraverso il ricorso alla sovranità popolare ⁽²³⁾. Ipotizzando una *cooriginarietà* di questi due elementi, il filosofo francofortese ha proposto un sistema di legittimazione reciproco tra diritti soggettivi e diritti politici ⁽²⁴⁾ che, nelle più recenti forme del moderno stato costituzionale, coinvolge l'esercizio della sovranità democratico-popolare in relazione ai diritti umani ⁽²⁵⁾. Von der Pfordten colloca

⁽²¹⁾ Qui l'autore si sofferma sugli aspetti materiali dell'etica del diritto.

⁽²²⁾ Cfr. J. HABERMAS, *Recht und Moral* (Tanner Lectures 1986), in Id., *Faktizität und Geltung*, cit.; tr. it. di L. Ceppa, in Id., *Morale, Diritto, Politica*, Torino, Ed. di Comunità, 2001, pp. 5-78, qui pp. 63-67.

⁽²³⁾ Cfr. J. HABERMAS, *Volkssouveränität als Verfahren* (1988) in Id., *Faktizität und Geltung*, cit.; tr. it. in Id., *Morale, Diritto, Politica*, cit., pp. 81-103.

⁽²⁴⁾ Cfr. HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, cit., pp. 98-217.

⁽²⁵⁾ « L'idea dei diritti umani non deve essere né soltanto imposta al legislatore sovrano come una sorta di barriera esterna, né strumentalizzata da quest'ultimo come un requisito funzionale al perseguimento dei suoi scopi » (J. HABERMAS, *Die Einbeziehung des*

Habermas e la sua teoria della giustificazione *discorsiva* a metà strada tra le teorie che si richiamano all'individualismo normativo e quelle di tipo collettivistico (*Rechtsethik*, p. 302 e p. 305) ⁽²⁶⁾. In tal modo, però, corre il rischio di mettere in ombra il problema principale posto da Habermas, che non riguarda tanto il rapporto tra individuo e collettività ma, piuttosto, la difficile e controversa relazione tra sovranità politica e sovranità del diritto nell'ambito dello stato moderno.

Una considerazione del genere permette di aprire una breccia sul ruolo svolto dalla politica nella trasposizione del piano degli interessi su quello dei diritti. Se utilizziamo infatti come architrave del discorso il riferimento alla dignità umana, intesa quale padronanza dei propri interessi di primo grado e dunque — necessariamente — come fonte del progetto d'autonomia, è possibile individuare sul piano dell'espressione dei *diritti politici* (che rimandano all'esercizio della sovranità democratica) la *conditio sine qua non* affinché i singoli individui possano veder riconosciuta la tutela dei propri interessi e affinché questi ultimi — considerati intrinsecamente sul piano etico-normativo — possano essere ricondotti a giustificazione etica.

Diventa così possibile dar ragione dell'intreccio tra politica e diritto anche dal lato dell'azione politica, senza che ciò comporti la rinuncia all'autonomia della sfera giuridica, a sua volta condizione essenziale per la giustificazione etica del diritto. Il processo di legittimazione politica rende infatti possibile proprio la trasposizione degli interessi individuali sul piano dei diritti attraverso l'esercizio dei diritti politici, già statuiti giuridicamente e specchio della sovranità democratica. In questo senso la metafora dell'incontro delle rette *non* parallele necessita probabilmente di un accorgimento che le collochi su di un piano tridimensionale: abbandonando la bidimensionalità del piano euclideo, infatti, è possibile individuare nel salto normativo supportato dall'azione politica la dimensione della profondità, dimensione che, a buona ragione, potremmo definire la condizione politico-normativa dell'incontro etico-giuridico delle diverse individualità e luogo della giustificazione etica degli interessi di cui risultano portatrici.

Anderen. Studie zur politischen Theorie, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1996; tr. it. a cura di L. Ceppa, *L'inclusione dell'altro*, Milano, Feltrinelli, 1998, p. 219).

⁽²⁶⁾ In generale la ricostruzione dell'autore ha intenti sistematici e tende a ricondurre tutte le teorie analizzate alla fondamentale dicotomia tra modelli individualistici e modelli collettivistici, sorvolando sulle distinzioni tradizionalmente predilette dagli studiosi quali, ad esempio, tra impostazioni liberali e illiberali, contrattualistiche ed anti-contrattualistiche.

ENRICO MAURO

IL DIRITTO STORTO CHE PROTEGGE L'ESSERE DI CHI HA DAL 'NON-ESSERE' DI CHI NON HA

(A proposito di Elisabetta Grande, *Guai ai poveri. La faccia triste dell'America*, Torino, Edizioni Gruppo Abele, 2017)

« Chi si ricorda dei piccoli? » (1).

« Uno nasce forte, uno nasce debole: finché non c'è legge che difenda questo da quello, la disuguaglianza è senz'altro qual è in natura, dove l'animale grosso mangia il più piccolo. La legge di civiltà, che difende il debole dal pericolo di essere ammazzato, o depredato, dal più forte, è, con ciò, diminuzione di disuguaglianza » (2).

« La lotta di classe quando la fanno i signori è signorile » (3).

1. Un libro sulla povertà, anzi sulla disuguaglianza. — 2. La funzione del diritto (non) è necessariamente notarile e lo studio del diritto (non) è necessariamente apatico. — 3. Spesso la povertà (non) è colpa del povero. — 4. La ricchezza (non) « sgocciola » naturalmente sul povero. — 5. Spendere la logica meritocratica per far spendere meno allo Stato sociale. — 6. La controlotta di classe, « per il bene del povero ».

1. *Un libro sulla povertà, anzi sulla disuguaglianza.*

Iniziamo da Carlo Levi: « Chi si ricorda dei piccoli? ». Se ne ricorda il saggio di Elisabetta Grande, che tratta della povertà, relativa ed estrema, ma anche, anzi soprattutto se non si erra, della disugua-

(1) C. LEVI, *L'orologio* (1950), Torino, Einaudi, 2015, p. 184.

(2) G. CALOGERO, *Intorno al concetto di giustizia* (inedito ma 1941), in Id., *Difesa del liberalsocialismo ed altri saggi* (1940-1969 più inediti), Milano, Marzorati, 1972², p. 22.

(3) SCUOLA DI BARBIANA, *Lettera a una professoressa*, Firenze, Libreria editrice fiorentina, 1967, rist. 1996, p. 73.

gianza (cfr. *passim* ma specialmente pp. 34-37) ⁽⁴⁾. Il nodo del discorso è la disuguaglianza crescente, e non la povertà in sé, perché il piccolo, anche quando in termini assoluti non decresce e persino quando cresce, diventa comunque più piccolo in confronto al grande che cresce o cresce a un ritmo maggiore ⁽⁵⁾. Tra parentesi, è forse venuto il momento di porsi il dilemma antropologico se si possa ancora parlare di comune umanità o se si debba iniziare a ragionare di umanità duplice: quella grande dei piccoli e quella piccola dei grandi.

La povertà è ovviamente un male in sé, ma è un male tanto più grave quanto più concentrata e sfacciata è la ricchezza che la fronteggia o la circonda. In altri termini, la povertà in sé è la stessa a prescindere dal contesto sociale, ma il contesto modifica sensibilmente la percezione mentale, emotiva, morale e probabilmente anche fisica della povertà: tra uguali ci si può (quasi) non accorgere di essere poveri, mentre (esattamente) la stessa povertà può apparire intollerabile di fronte a una ricchezza che — magari senza lavoro — produce sempre più ricchezza, che si può sempre investire, ma non si riuscirebbe mai a spendere.

Il povero tra poveri non si sente inferiore, colpevole, sminuito, anormale, estraneo al proprio luogo e al proprio tempo. Non si autoaccusa di essere incapace di arricchirsi e di vivere. Il povero tra ricchi, di contro, finisce spesso per « interiorizzare » (p. 165), per accettare come naturale la propria condanna sociale: il confronto fra il proprio — magari non del tutto meritato — insuccesso e l'altrui — magari non del tutto meritato — successo lo mortifica, lo colpevolizza, lo rende poco propenso sia a esercitare i diritti che (sempre meno) ha, sia a rivendicare diritti che non ha (o non più).

2. *La funzione del diritto (non) è necessariamente notarile e lo studio del diritto (non) è necessariamente apatico.*

Ci sono almeno tre ragioni per cui il libro si legge con interesse e persino con gusto, come non accade di frequente quando si tratta di libri giuridici, già a prescindere dal merito, per, diciamo così, l'impostazione metodologica.

La prima ragione è che politica e diritto non sono assolti da alcuna responsabilità. L'autrice non è disposta a giustificarne le scelte, a qualunque livello — federale, statale, municipale, legale, giurisprudenziale, dottrinale —, con l'argomento, semplicistico quanto diffuso,

⁽⁴⁾ Coglie il punto, tra i già numerosi recensori, M.R. FERRARESE, *La povertà e il diritto. Il caso americano*, in « Materiali per una storia della cultura giuridica », XLVII (2017), 2, pp. 607-608.

⁽⁵⁾ Cfr. par. 4.

che le forze economiche prendono decisioni che la politica e il diritto si limitano a tradurre in gergo politico-giuridico: « Il diritto ha un ruolo fondamentale, sia nel produrre i poveri che nel perseguirli: è questa la tesi » (p. 15, ma cfr. *passim* e specialmente i paragrafi intitolati: « Un diritto crudele »; « Un diritto che produce povertà »; « Norme che incentivano individualismo e frantumazione sociale »; « Il diritto penale della paura »; gli ultimi due in un capitolo intitolato « Un diritto che crea solitudine »).

La seconda ragione è che la distinzione tra « numeri e persone » (titolo di un paragrafo) è sempre molto chiara: i numeri delle innumerevoli statistiche citate e discusse sono di ausilio per comprendere le persone, ma non sono le persone. Che nel volume sono presenti in carne e ossa. Parlano poco, magari: i poveri, a maggior ragione i senz'altro, sono spesso *senzaparola*. Ma sentono, piangono, urlano, soffrono, si disperano, mangiano (poco e male), dormono (quando non vengono sbaraccati, bastonati, bruciati), puzzano (non poco), si lavano (non molto). Il risultato è che il libro non si può leggere senza attraversare tutte le possibili gradazioni dell'incredulità e dell'indignazione. L'autrice, insomma, sembra far propria l'idea di Carlo Levi che « [n]on serve essere liberi *dalle* passioni, ma *nelle* passioni » (6). Perché lo studio, anche del diritto, guadagnerebbe scientificità perdendo valutatività, cioè umanità?

La terza ragione è che studiare gli Stati Uniti significa fare comparazione non solo sincronica, tra luoghi, ma anche diacronica, tra tempi, visto che, banalmente, viaggiare nello spazio è viaggiare nel tempo e visto che gli Stati Uniti spesso e volentieri anticipano ed esportano modi e mode, culture e inculture che attecchiscono facilmente in quei Paesi, europei e non, i cui popoli e Governi soffrono di forme croniche e variamente acute di psittacismo americanistico. Sicché il passato e il presente degli Stati Uniti sono spesso il presente e il futuro, più o meno prossimo, di altri Paesi. Tra i quali l'Italia cerca, con buoni risultati, di non restare indietro (7).

Poi si può passare al merito, restando rispettosamente sulla soglia, come conviene all'osservatore interessato ma inesperto del tema.

3. *Spesso la povertà (non) è colpa del povero.*

Il libro capita tra le mani del sottoscritto mentre legge *I Miserabili* di Victor Hugo. In Hugo, dove non si contano le riflessioni antimercato-tocratiche sul rapporto tra merito e fortuna, si legge ad esempio: « Chi

(6) *Paura della libertà*, Torino, Einaudi, 1964², p. 27.

(7) Cfr. E. GRANDE, *Togliere ai poveri per dare ai ricchi: la lezione americana da rifiutare*, in « MicroMega », XXXII (2017), 5, pp. 180-182.

trionfa è venerato. Nascete con la camicia, ed è fatta! Se avete fortuna, avrete tutto il resto; siate felici, vi crederanno grandi » (8). Di contro, per meritocratici e meritocrati (teorici e pratici della meritocrazia) i meritevoli sono quasi sempre solo meritevoli e gli immeritevoli quasi sempre solo immeritevoli. In altri termini, la fortuna non conta quasi mai per i primi, lavoratori talentuosi e indefessi, e la sfortuna quasi mai per i secondi, lavoratori non dotati se non di svogliatezza (9).

Allo smascheramento della « cultura [meritocratica] della povertà » ha contribuito l'attuale Pontefice, con un discorso tenuto il 27 maggio 2017 all'ILVA di Genova. Questo il nucleo del discorso, che meriterebbe più spazio:

Una [...] conseguenza della cosiddetta 'meritocrazia' è il cambiamento della cultura della povertà. Il povero è considerato un *demeritevole* e quindi un colpevole. E *se la povertà è colpa del povero, i ricchi sono esonerati dal fare qualcosa* (10).

L'autrice non cita questo testo, coevo all'uscita del libro, ma pare evidente la consonanza fra l'accento del Papa sulla responsabilità del capitalista, che, 'weberianamente', crede di essere qualcuno e di meritare la salvezza perché ha, perché accumula, e l'accento del libro sulla responsabilità del decisore politico-giuridico, che, autonomamente o in quanto 'persuasivamente' lobbizzato, crede suo preciso dovere stimolare il povero a non 'volere' essere povero. E crede suo ulteriore preciso dovere prevedere la carcerabilità del povero che, 'ostinandosi' a essere povero, produce ogni immaginabile gradazione di insicurezza urbana, dall'inetetismo alla violenza sulle persone.

È qui opportuno citare, con qualche larghezza, da un paragrafo del volume intitolato « 'La povertà è colpa dei poveri'... »:

A partire dagli anni Ottanta, le reti sociali che da Franklin Delano Roosevelt in poi il diritto aveva accordato agli americani poveri, per consentire loro di

(8) (1862), trad. it. di L. Saraz, I, Milano, Garzanti, 1990, rist. 2006, p. 59.

(9) Cfr. D. RIGNEY, *Sempre più ricchi sempre più poveri. Effetto San Matteo: perché il vantaggio genera altro vantaggio* (2010), trad. it. di R. Merlini, Milano, ETAS, 2011, p. 47: « Nella cultura americana, si tende spesso a esagerare il ruolo della *virtù* e a sottovalutare il ruolo della *fortuna* » (ma cfr. anche p. 48).

(10) Testo integrale in w2.vatican.va (secondo corsivo aggiunto). Cfr., per una rapida lettura della Costituzione alla luce della distinzione tra merito e meritocrazia, più vicini a essere contrari che sinonimi, e poi della distinzione tra merito e bisogno, E. MAURO, *Contro la pretesa meritocratica di « lasciarsi dietro i meno fortunati »*, in « Diritto e processo amministrativo », XII (2018), 1, p. 233. Cfr. altresì, per uno sviluppo della tesi che la colpevolezza del povero esenta il ricco dal dovere, persino morale, di contribuire alla riduzione delle disuguaglianze, R.H. FRANK, *Success and luck. Good fortune and the myth of meritocracy*, Princeton-Oxford, Princeton University Press, 2016.

non finire completamente in miseria in caso di lavoro scarso, precario o sottopagato, vengono gradualmente ridotte. Confondendo intenzionalmente causa ed effetto, Ronald Reagan attribuisce, infatti, l'arrestarsi della discesa del tasso di povertà alla metà degli anni Settanta, anziché a un diritto del lavoro divenuto incapace di dare sicurezze economiche al povero, ai limiti del povero stesso, colpevolizzato per il fatto di essere tale. Il conseguente attacco agli ultimi della scala sociale è, poi, agevolato dall'atteggiamento ostile ai poveri *da sempre radicato* nella società statunitense. Nonostante Roosevelt e Johnson fossero riusciti a far passare politiche del diritto di sostegno ai più deboli, la sensibilità americana è invero rimasta legata a una visione del povero come soggetto pigro, e quindi colpevole della sua condizione di indigenza (pp. 49-50, corsivo aggiunto, ma cfr., oltre all'intero paragrafo, *passim*).

Citazione larga che si giustifica perché è difficile combattere la povertà in un Paese *fondato* sulla « massima puritana [...] secondo la quale, 'in base a una giusta e inflessibile legge della Provvidenza, la miseria è la compagna e la sanzione del vizio' » (p. 51), del peccato di disobbedienza al primo dei comandamenti: « Arricchitevi » ⁽¹¹⁾. Dovrebbe essere sufficiente ricordare, a questo proposito, il testo più ristampato, riedito e tradotto di Benjamin Franklin, uno dei padri della patria statunitense, in cui si legge: « [L]a pigrizia viaggia così lentamente che la povertà presto la raggiunge » ⁽¹²⁾.

In un Paese fondato su questa prospettiva è difficile vedere pazzia, alcol, droga e altre dipendenze quali esiti o rifugi della povertà assoluta. Data la prospettiva, pazzia, alcol, droga e altre dipendenze sono invece 'scelte': colpevoli quanto consapevoli, peccaminose quanto meditate, cause e non effetti della povertà di strada. Colpe dell'individuo, non della società, non dello Stato, non della politica, non del diritto. Tutti legittimati ad autoassolversi tranne il singolo, sfortunato e povero, malato e dipendente, piccolo fino all'invisibilità (cfr. p. 150), ma accreditato di spalle robuste come quelle di Atlante!

Si potrebbe riassumere così, prendendo spunto da Zygmunt Bauman: il meccanismo retorico che consente di sgonfiare lo Stato di sicurezza sociale e di rigonfiare lo Stato di sicurezza pubblica consiste

⁽¹¹⁾ Sottolineature dell'individualismo puritano con cui deve fare i conti il *New deal* rooseveltiano, p. es., in G.A. RITTER, *Storia dello Stato sociale*, trad. it. di L. Gaeta, P. Carnevale, Roma-Bari, Laterza, 1996³, pp. 20 e 136.

⁽¹²⁾ *La maniera di farsi ricco* (1757), trad. it. di R. Allione, Vicenza, Editrice veneta, 2006, p. 20, ma gli aforismi sull'ozio quale causa di ogni male individuale e sociale sono diversi.

nel passaggio dalla visione del povero come « [de]privato » alla visione del povero come « depravato » (13).

4. *La ricchezza (non) « sgocciola » naturalmente sul povero.*

Conviene concedersi una seconda citazione larga, da un paragrafo intitolato « Quando la ricchezza non sgocciola »:

Quanto più è aumentata la ricchezza del Paese, tanto più è cresciuta la povertà, in particolare quella estrema, che dal 3,3 per cento della popolazione americana (corrispondente a 7.016.000 persone) nel 1976 è raddoppiata, passando al 6,6 per cento (per un totale di 20.803.000 anime) nel 2014. Della crescita del PIL si è avvantaggiata solo una parte della popolazione, quella più ricca, che si è arricchita a dismisura a spese di quella più povera. La torta, insomma, è cresciuta, ma non solo l'intera crescita è andata a vantaggio di coloro che erano già ricchi: questi ultimi hanno perfino portato via una fetta a chi già era in miseria. Altro che curva di Kuznets [Nobel per l'economia nel 1971] e teoria del *trickle down!* Altro, cioè, che 'sgocciamento della ricchezza' verso il basso nella fase inoltrata dello sviluppo [pp. 14-15, ma cfr., per qualche indicazione bibliografica sulla « teoria dello sgocciamento », pp. 28-29, nota 15]!

Dati alla mano, insomma, l'autrice contesta la teoria, trasversalmente sponsorizzata da John Kennedy e Ronald Reagan, secondo cui « le fasce deboli della popolazione non potranno che beneficiare dell'aumento di benessere economico delle fasce più ricche »; secondo cui, in altri termini, se si definanzia lo Stato sociale, se, meglio, si riconfigura il *wel-fare* come *work-fare*, riducendo drasticamente le imposte, soprattutto sulle imprese, allora le imprese divengono più competitive e creano più posti di lavoro, cioè si arricchiscono ma arricchendo anche i lavoratori, beneficiari dello sgocciamento (altrimenti detto « traccimazione ») di una parte della nuova ricchezza (cfr., quanto a Kennedy, pp. 28-29, da cui la citazione, e 100-101; quanto a Reagan, p. 55). Sempre Kennedy usa l'immagine per cui « a rising tide lifts all boats » (p. 28; in italiano a p. 100). Tuttavia, è chiaro, dicendo « boats » ha in mente « soltanto gli *yachts* », non avendo mai frequentato barche a remi, canoe, zattere, tutte quelle « barche piccole » che, « [a] partire dal 1973, [...] l'alta marea [...] ha affondato » (p. 101).

Le gocce o briciole che talora cadono sul pavimento sotto la tavola del banchetto riservato ai colossi societari, banchetto finanziato con la desocializzazione dello Stato, non cadono naturalmente, bensì perché il diritto regolamenta, deregolamenta, finanzia, definanzia, per-

(13) *Le nuove povertà* (2004), trad. it. di M. Baccianini, Roma, Castelvecchi, 2018, p. 172.

mette, obbliga, vieta, premia, punisce, agevola, ostacola, eccepisce, sospende, riprende... La torta non si amplia o restringe naturalmente e, soprattutto, non è naturale la sua distribuzione. Comunque, ammesso che le briciole cadano, sia pure per volontà del diritto e non naturalmente, quante briciole occorrerebbero per ricondurre entro i limiti della decenza l'abisso tra ricchezza sfacciata e povertà subumana? Anche su questo l'attuale Pontefice ha pronunciato, il 9 luglio 2015 in Bolivia, parole smitizzanti: « Non basta lasciare cadere alcune gocce quando i poveri agitano questo bicchiere che mai si versa da solo »⁽¹⁴⁾.

Ammesso e non concesso che si desse qualcosa di naturale in economia, si tratterebbe solo della tendenza del capitale, lasciato a se stesso, non sorvegliato, non limitato, non diretto, a concentrarsi in poche mani. Sottolinea già Franklin la « giustezza dell'osservazione che *una volta guadagnate le prime cento sterline, farne altrettante costa meno fatica, il denaro essendo prolifico per natura* »⁽¹⁵⁾. *Qualunque* vantaggio, generalizza poi Georg Simmel, parlando di « effetto di valanga », produce vantaggio, giacché,

una volta acquisito, in qualsiasi campo, costituisce il gradino per un *vantaggio ulteriore, che accresce la distanza*; l'ottenimento di particolari condizioni favorevoli è tanto più facile se si parte già da posizione elevata. [...] a partire da una certa soglia il denaro aumenta *quasi automaticamente*, senza che venga fatto fruttare mediante un lavoro proporzionato del proprietario. Vi è qui una corrispondenza con la struttura delle conoscenze nel mondo della cultura: a partire da una determinata soglia esse richiedono uno sforzo personale sempre minore da parte del singolo⁽¹⁶⁾.

Effetto-valanga che non pare dissimile da quello che sarà denominato, da Robert K. Merton, con riferimento tanto al prestigio quanto al denaro, « effetto Matteo » o « principio del vantaggio cumulativo »,

⁽¹⁴⁾ Testo integrale in w2.vatican.va.

⁽¹⁵⁾ *Autobiografia* (1868), trad. it. di G. Lombardo, Milano, Garzanti, 1999, p. 141 (secondo corsivo aggiunto). Lo sa anche, ma si passa dal versante iperottimistico a quello iperpesimistico, L. MASTRONARDI, *Il calzolaio di Vigevano*, in ID., *Il maestro di Vigevano — Il calzolaio di Vigevano — Il meridionale di Vigevano* (1962, 1959, 1964), Torino, Einaudi, 2016, p. 181: « Gira la manopola e la musica è sempre una: dané fanno dané ».

⁽¹⁶⁾ *Filosofia del denaro* (1907²), trad. it. di A. Cavalli, R. Liebhart, L. Perucchi, Torino, UTET, 1984, pp. 544-545 e 625 (corsivi aggiunti). A proposito di effetto-valanga in ambito culturale direbbe Lorenzo MILANI, *Esperienze pastorali*, Firenze, Libreria editrice fiorentina, s.d. (ma 1958), p. 189: « La poca istruzione è in sé stessa ostacolo all'istruirsi ». Che al Priore l'effetto sia chiaro risulta ancora più tangibilmente dall'esempio in tema di velocità dei mezzi di trasporto tratteggiato ivi, pp. 400-401.

per cui « i ricchi diventano più ricchi *in un modo che rende i poveri in proporzione più poveri* » (17).

Il diritto, come si è detto, può agevolare l'accumulo della ricchezza in poche mani, non lasciando cadere nemmeno le briciole, oppure può lasciare le cose tendenzialmente invariate, ossia, facendo cadere le briciole e magari qualche briciola in più, fare da « contrappeso » all'accrescersi della disuguaglianza (18). Ma può anche, non accontentandosi della 'politica' della caduta delle briciole, distribuire più equamente la torta, persino — benché neolibericamente ciò sia manifesta eresia — quando non cresce.

Nell'ultimo caso il diritto seguirebbe il criterio redistributivo del bisogno, anziché quello *falsamente retributivo* del merito, ponendosi fuori dalla mitologia meritocratica, che, disconoscendo sistematicamente, come si è detto, il fattore « fortuna », riconosce sempre e solo merito in chi si arricchisce e demerito in chi non vi riesce (19). Invece non è sempre e solo... merito del merito perché, per l'effetto Matteo, il successo iniziale, non importa quanto dovuto a merito e quanto a fortuna, diventa facilmente valanga di successi, come diventa valanga di insuccessi l'insuccesso iniziale. Il merito è, dunque, criterio « falsamente retributivo » perché retribuisce l'impegno, ma anche, senza volerlo ammettere, la fortuna.

E fortuna vuol dire sia doti innate sia contesto familiare, sociale ecc. *Tutti i punti di partenza sono questione di fortuna*. Smitizzando la meritocrazia e il suo corollario puritano della pigrizia del povero, l'autrice ricorda, da un lato, che ci sono moltissimi poveri che hanno studiato, spesso conseguendo la laurea, e che lavorano, spesso a tempo pieno, senza per questo riuscire a scrollarsi di dosso, in quanto poveri,

(17) *L'effetto "S. Matteo" nella scienza* (1968), in *Id.*, *La sociologia della scienza. Indagini teoriche ed empiriche* (1973, ma 1935-1973), trad. it. di P. Delsedime, rev. di M. Protti, D. Rei, Milano, Angeli, 1981, p. 545. La denominazione deriva da *Matteo*, XIII, 12, e XXV, 29, che Merton ricorda a p. 551. Di « principio del vantaggio cumulativo » parla a p. 563. Un approfondimento in RIGNEY, *Sempre più ricchi*, cit., di cui cfr., tra l'altro: p. 5, dove la valanga diventa « proverbiale palla di neve » (la ricca bibliografia del volume non contempla, però, Franklin né Simmel); pp. 5 e 160, nota 3, per il versetto di *Marco* e i due versetti di *Luca*, successivamente rinvenuti dallo stesso Merton, analoghi a quelli di *Matteo* e per altre probabili versioni antiche dello stesso « detto »; nel cap. 1 il paragrafo intitolato « Effetto San Matteo assoluto e relativo » (ma cfr. *passim*); nel cap. 3 il paragrafo intitolato « Myrdal incontra Merton »; p. 179 per i riferimenti agli altri due saggi in cui Merton torna, esplicitamente fin dal titolo, sul tema.

(18) SIMMEL, *Filosofia*, cit., p. 545.

(19) Cfr. B. BONATO, *Sospendere la competizione, Un esercizio etico*, Milano-Udine, Mimesis, 2015, p. 147: « Che cosa importa la classifica dei migliori e dei peggiori, quando in gioco sono le sofferenze delle persone? ».

l'etichetta di fannulloni (cfr. pp. 63, 67 e specialmente 108); e, dall'altro lato, che ci sono molti ricchi nati ricchi, a cui l'etichetta di fannulloni difficilmente è appiccicata (cfr. p. 92).

In definitiva, la sfortuna del povero si chiama colpa, se non colpa irredimibile; la fortuna del ricco si chiama merito, se non eccellenza. Secondo una certa concezione della Provvidenza, è pigro chi, pur rompendosi la schiena, non ha successo, mentre è un gran lavoratore chi ha successo, anche se nasce con il successo in tasca, anche se non ha mai dovuto lavorare, neanche solo con la testa. D'altro canto, la pigrizia dell'oppresso, quale pretesto per uno sfruttamento maggiore, è un argomento ben più datato del puritanesimo, visto che gli Egizi se ne servono, come si narra in *Esodo*, a danno degli Ebrei, loro schiavi.

5. *Spendere la logica meritocratica per far spendere meno allo Stato sociale.*

Quanto precede in tema di opposizione tra criterio del merito e criterio del bisogno introduce alla questione dell'evoluzione reaganiano-clintoniana del *welfare* in *workfare* (cfr. i paragrafi consecutivi intitolati: « L'accetta di Ronald Reagan sulle protezioni sociali »; « Bill Clinton e il completamento del disegno reaganiano »; « Gli effetti boomerang del workfare »). Cambia niente meno che la forma di Stato: se il *welfare* si propone di aiutare i bisognosi *semplicemente in quanto bisognosi*, il *workfare* si propone, recuperando la vecchia opposizione tra bisognosi meritevoli e immeritevoli, autentici e finti, rispettabili e vagabondi, sfortunati e fannulloni, di aiutare i bisognosi *solo in quanto anche meritevoli* ⁽²⁰⁾.

La 'novità', in fondo, è tutta qui, nel ritorno all'ibridazione di figure ben distinte e difficilmente confondibili: il bisognoso e il meritevole si uniscono 'contro natura' dando vita al *bisognoso-meritevole*, che, pur restando bisognoso fino al pericolo della vita propria e dei familiari a carico, non merita aiuto se non lavora o cerca lavoro o si forma per il lavoro o smette di drogarsi o di bere o di giocare o di procreare irresponsabilmente! Come se tutto dipendesse solo dal libero arbitrio. Come se la società non avesse mai responsabilità alcuna. Come se si scegliesse di essere sfortunati e si potesse invece scegliere di essere fortunati.

La 'filosofia' del *workfare*, in altri termini, al di là di singole misure più o meno ragionevoli, consiste nel tentare di combattere la povertà non più riducendo la povertà, bensì riducendo il numero dei

⁽²⁰⁾ Conferme, ad es., in RITTER, *Storia*, cit., pp. 35-36 e *passim*, e in BAUMAN, *Le nuove povertà*, cit., p. 104.

bisognosi 'meritevoli' di aiuto ⁽²¹⁾. Il che si ottiene imponendo loro requisiti di merito che, paradossalmente dal punto di vista del *welfare*, ma coerentemente dal punto di vista del *workfare*, finiscono per lasciare senza aiuto proprio i più bisognosi, i più deprivati, visti come i più deprivati.

Naturalmente, più i requisiti di merito imposti al bisognoso sono difficili da soddisfare, meno i conti pubblici sono in disordine (per usare il gergo neoliberistico di Bruxelles). Il postulato antiumanistico che il povero non è principalmente sfortunato ma principalmente svogliato e vizioso è dunque speso, mediaticamente e giuridicamente, per non spendere: chi non si aiuta non merita aiuto; chi fa uso di droga o alcol non merita aiuto; chi ha messo al mondo figli al di fuori del matrimonio non merita aiuto. E via di seguito.

La mala fede della confusione tra due logiche che dovrebbero restare nettamente distinte, ossia quella della *ricompensa* del meritevole e quella del *soccorso* del bisognoso, è luminosamente documentata, per non cercare esempi lontani, dalla Costituzione italiana, dove si vede che le due logiche sono tenute distinte tranne nel caso delle borse di studio da attribuire per concorso ai « capaci e meritevoli, anche se privi di mezzi » (art. 34, cc. 3-4). Il che è assolutamente ragionevole perché il soccorso pubblico per il raggiungimento dei (soli) gradi più alti degli studi non può essere preteso da chi è meritevole ma benestante, né da chi è indigente ma privo di motivazione. In tutti gli altri casi la Costituzione ha in mente o i soli meritevoli (concorsi per le amministrazioni pubbliche e per la magistratura, senatori a vita ecc.) o i soli bisognosi (casi decisamente più numerosi, tanto che la prima parte della Costituzione appare come un catalogo dei portatori di fragilità e delle soluzioni pubbliche predisponende per far fronte a queste fragilità).

Insomma, la logica meritocratica, competitiva, produttivistica della distribuzione di utilità secondo gare di abilità e relative classifiche viene adottata negli ambiti che dovrebbero seguire invece la logica del *welfare*, con il duplice, preciso obiettivo di risparmiare risorse pubbliche e di ridurre il prelievo fiscale sui ricchi, soprattutto sui molto ricchi. I conti pubblici non sono mai in ordine. L'austerità è sempre senza alternative. I ricchi e i molto ricchi hanno bisogno — loro sì che hanno bisogno! — di versare meno imposte per riuscire a far 'sgocciolare' benessere sui meno abbienti.

Viene così a mancare l'aiuto pubblico, giova ripetere, ai più poveri tra i poveri, quelli che non solo non sono in grado di vincere competizioni, ma nemmeno di parteciparvi.

(21) Cfr. *ivi*, pp. 168-169.

6. *La controlotta di classe, « per il bene del povero ».*

La conclusione del libro appare pessimistica, con riguardo agli Stati Uniti e a tutti quei Paesi che agli Stati Uniti usualmente guardano come a una musa (ogni Paese, in ogni epoca, ha la musa che si merita, che spesso non è quella di cui avrebbe bisogno!):

Da sempre [d]elle due funzioni cui assolve [quel Giano bifronte che è il diritto], di protezione e di aggressione, di scudo e di spada, la prima è riservata ai forti, la seconda ai deboli. Chi non ha nulla, non soltanto non ha niente da proteggere tramite il diritto, ma non è neppure da esso protetto. E la libertà di essere, ancora oggi, resta strettamente dipendente dall'aver [p. 172].

Potrebbe, d'altro canto, la conclusione non essere pessimistica, dopo quanto argomentato circa le storture di quel diritto e la sfrenata fantasia sadica e razzista di quelle istituzioni? L'intelligenza, se vuole essere ragionevole, non può che essere pessimistica, cioè realistica. La volontà può essere irragionevolmente ottimistica, o meno pessimistica, perché può concedersi di riservare la ragionevolezza all'intelligenza.

La conclusione del volume echeggia Erich Fromm, che il sottoscritto ha voluto riecheggiare nel titolo del presente contributo. Ma il sottoscritto ha anche sentito echeggiare, nella conclusione del volume e in molte sue pagine, l'ironia tagliente del Lorenzo Milani di *Lettera a una professoressa*: « La lotta di classe quando la fanno i signori è signorile » (né sarebbe difficile trarre citazioni altrettanto significative da *Lettera ai giudici* e, soprattutto, dalle già ricordate *Esperienze pastorali*). *Guai ai poveri* racconta, infatti, modi e mezzi non solo dell'indebolimento della lotta di classe (delocalizzazione, desindacalizzazione, destabilizzazione del lavoro terziarizzato), ma anche del rafforzamento della controlotta di classe, che al debole punta a sottrarre non solo l'aver residuo, ma anche l'essere: prima lo affama, lo spoglia, lo sfrutta, lo sfratta; poi lo criminalizza perché ruba o mendica il pane, girovaga coperto di stracci, dorme sotto una tenda o un portico.

Tutto e sempre, naturalmente, « per il bene del povero » (p. 53) ⁽²²⁾, anche se il povero non può saperlo! E anche se, naturalmente per puro caso, « quanto più il sistema produce poveri, tanto più i già ricchi aumentano la loro ricchezza » (p. 18). Per varie strade, associandosi al pubblico, il privato smaltisce redditiziamente la spazzatura umana non più riciclabile, vera e propria risorsa economica, di cui

⁽²²⁾ O, appena meno ipocritamente, « per il bene del [P]aese »: L. GALLINO, *La lotta di classe dopo la lotta di classe*, intervista a cura di P. Borgna, Roma-Bari, Laterza, 2012, p. 193.

conviene, dunque, non interrompere e semmai irrobustire il flusso (cfr. pp. 119 e 167-170).

A proposito di echi: se questo è un diritto fraterno...; anzi, di Levi in Levi: se questo è un diritto...

BALDASSARE PASTORE

« IL DIRITTO RIPOSA SOLTANTO SULLA LIBERTÀ »

(A proposito di Immanuel Kant, *Lezioni sul diritto naturale* (Naturrecht Feyerabend), a cura di Norbert Hinske e Gianluca Sadun Bordoni, Milano, Bompiani, 2016)

Il pensiero etico-giuridico di Kant è, da molti anni, oggetto di rinnovato interesse. Si tratta di un dato — ormai acquisito — che ha prodotto una nuova attenzione nei riguardi degli scritti kantiani ⁽¹⁾, compresi quelli relativi alla filosofia del diritto ⁽²⁾. Tale interesse ha comportato l'esigenza di meglio comprendere l'evoluzione della riflessione morale di Kant, attraverso il confronto con il lascito manoscritto e con le lezioni ⁽³⁾. In questa prospettiva, la pubblicazione del corso di lezioni sul diritto naturale rappresenta un momento importante per gettare luce su una zona finora poco esplorata.

L'edizione italiana, che qui si segnala, basata su quella tedesca ⁽⁴⁾, propone il testo (tradotto, con quello in lingua originale a fronte) rivisto

⁽¹⁾ Cfr., con riguardo alla filosofia pratica di Kant, R. MORDACCI, *Kant-Renaissance. La riscoperta dell'etica normativa di Kant*, saggio integrativo in I. KANT, *Metafisica dei costumi*, a cura di G. Landolfi Petrone, Milano, Bompiani, 2006, pp. 741-798.

⁽²⁾ Sulla riconsiderazione del pensiero giuridico di Kant si vedano: *Kant e la filosofia del diritto*, a cura di M.A. Cattaneo, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2005; *Kant and Law*, B.S. Byrd, J. Hruschka (eds.), Aldershot, Ashgate, 2006; B.S. BYRD, J. HRUSCHKA, *Kant's Doctrine of Right. A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010. Cfr. anche i saggi del *Symposium on Kantian Legal Theory*, in « Columbia Law Review », 87 (1987), 3, pp. 419-591.

⁽³⁾ Tale esigenza è al centro del progetto dell'edizione dell'Accademia delle Scienze di Berlino (tuttora in corso). Come è noto, il promotore dell'iniziativa dell'edizione completa dei testi kantiani (gli scritti pubblicati, le lettere, il lascito manoscritto, le lezioni) fu Wilhelm Dilthey, che nel 1895 sottopose il progetto all'Accademia Prussiana delle Scienze. Il primo volume dell'edizione venne pubblicato nel 1902. Cfr. G. SADUN BORDONI, *Introduzione*, in KANT, *Lezioni sul diritto naturale* (Naturrecht Feyerabend), cit., p. 12, nota 8.

⁽⁴⁾ Per i riferimenti bibliografici si rinvia a SADUN BORDONI, *Introduzione*, cit., p. 9, nota 1.

sul manoscritto, con un ricco e accurato apparato di note, frutto di un notevole impegno filologico ⁽⁵⁾. Essa colma una lacuna e consente di dar conto, con maggiore consapevolezza, della formazione e dello sviluppo della filosofia pratica kantiana.

Kant tenne, presso l'Università Albertina di Königsberg, dal 1767 al 1788, per dodici volte, lezioni sul diritto naturale. Ad oggi, di tali lezioni è rimasta solo una trascrizione manoscritta, relativa al corso tenuto nel semestre estivo del 1784. Tale trascrizione porta il nome del suo possessore, lo studente G. Feyerabend (da qui la dizione di *Naturrecht Feyerabend*, abitualmente usata per riferirsi al testo) ⁽⁶⁾.

Si tratta di un testo importante per almeno tre ragioni. La prima riguarda il riconoscimento dello stesso Kant dell'importanza delle lezioni per lo sviluppo del suo pensiero, e dunque del nesso tra ricerca e insegnamento ⁽⁷⁾. La seconda ragione ha a che fare con alcune significative coincidenze cronologiche. Il *Naturrecht Feyerabend* è del 1784, che rappresenta un anno di particolare rilevanza nell'evoluzione del pensiero di Kant. Proprio del 1784 si concludeva la stesura della *Fondazione della metafisica dei costumi*, che venne pubblicata l'anno successivo. Nello stesso anno, inoltre, escono due scritti fondamentali: *Risposta alla domanda: che cos'è l'Illuminismo?* e *Idea di una storia universale dal punto di vista cosmopolitico*. Sempre nello stesso anno Kant completa la recensione delle *Idee sulla filosofia della storia dell'umanità* di Herder che uscirà all'inizio del 1785. Si può ben dire, dunque, che il 1784 segni un punto di svolta della filosofia pratica kantiana ⁽⁸⁾. In ultimo, ma non certo da ultimo, il *Naturrecht Feyerabend* costituisce la prima ampia esposizione della filosofia giuridica kantiana ⁽⁹⁾, nella quale l'analisi del concetto di

⁽⁵⁾ Del « paziente lavoro filologico » che caratterizza questa edizione, gemella dell'edizione tedesca, dà conto N. DE FEDERICIS, *Recensione a: IMMANUEL KANT, Lezioni sul diritto naturale (Naturrecht Feyerabend)*, a cura di Norbert Hinske e Gianluca Sadun Bordoni, Milano, Bompiani, 2016, pp. 303, in « Studi kantiani », XXXI (2018), pp. 175-180. De Federicis, tra l'altro, fornisce una sintetica rassegna delle principali questioni trattate nelle *Lezioni*.

⁽⁶⁾ Il testo del manoscritto, risultato di una rielaborazione successiva degli appunti delle lezioni, fu pubblicato, come appendice, nel volume XXVII, 2, 2, dell'edizione dell'Accademia delle Scienze di Berlino nel 1979, a cura di Gerhard Lehmann, senza alcun apparato critico. Al riguardo si veda F. RAUSCHER, *Review Essay: A New Resource for Kant's Political Philosophy*, in « Kantian Review », 17 (2012), 2, spec. p. 358.

⁽⁷⁾ Cfr. SADUN BORDONI, *Introduzione*, cit., p. 13, dove si riporta un passo di Kant particolarmente indicativo in proposito.

⁽⁸⁾ Cfr. Sadun Bordoni, ivi, pp. 18-21, il quale parla di « connessione sistematica » tra gli scritti del 1784 che « definiscono l'orizzonte del pensiero morale di Kant ».

⁽⁹⁾ La *Dottrina del diritto*, che costituisce la prima parte della *Metafisica dei costumi*, è di tredici anni successiva, essendo stata pubblicata nel 1797.

libertà assume un ruolo cruciale ⁽¹⁰⁾, e che testimonia il confronto con la tradizione del diritto naturale.

Si consideri, al riguardo, che, nel mondo tedesco del Settecento, un insegnamento di *Jus naturae* (questa la denominazione del corso) era considerato propedeutico negli studi giuridici ed era impartito nelle facoltà filosofiche e in quelle giuridiche ⁽¹¹⁾. Era altresì parte del *curriculum* necessario ai futuri funzionari della monarchia prussiana.

Invero, un confronto diretto con la tradizione era richiesto sia dall'uso imposto dall'autorità sia dalla prassi accademica, che prevedevano che le lezioni universitarie avessero come punto di riferimento un compendio. Kant utilizzava il manuale di G. Achenwall, *Ius naturae in Usum Auditorium*, nella quinta edizione del 1763 ⁽¹²⁾, e ad esso si atteneva con una certa fedeltà ⁽¹³⁾.

In proposito, non va dimenticato il fatto che, in Germania, il giusnaturalismo, oltre ad essere un'influente dottrina filosofica nelle Università, si caratterizza come un movimento che, nel suo rapporto con la cultura illuministica, contribuisce al rinnovamento giuridico e politico del tempo, che vede una intensa attività codificatoria ⁽¹⁴⁾.

La riflessione kantiana sullo *jus naturae*, che ha nel *Naturrecht*

⁽¹⁰⁾ Cfr. P. GUYER, *Stellenindex und Konkordanz zum Naturrecht Feyerabend, Teilband I: Einleitung des Naturrechts Feyerabend*, in « Ratio Juris », 25 (2012), 1, pp. 113-115; SADUN BORDONI, *Introduzione*, cit., pp. 14, 21-26.

⁽¹¹⁾ Per alcune utili informazioni sul punto si rinvia a SADUN BORDONI, *Introduzione*, cit., pp. 28-29. Cfr. anche ID., *Kant e il diritto naturale. L'Introduzione al Naturrecht Feyerabend*, in « Rivista internazionale di filosofia del diritto », 84 (2007), p. 207 e ss.

⁽¹²⁾ Sulle molte edizioni del manuale e sulla sua grande diffusione, nonché sul ruolo di Achenwall nello sviluppo del giusnaturalismo tedesco nella seconda metà del Settecento e sui rapporti (e le differenze) tra la prospettiva di Achenwall e la riflessione kantiana sul diritto, cfr. SADUN BORDONI, *Introduzione*, cit., pp. 29-36. Il riferimento al manuale, invero, è essenziale per la comprensione delle lezioni kantiane. È da notare, tra l'altro, che la distinzione tra diritto privato e diritto pubblico, che Kant opera nella *Rechtslehre* del 1797, è debitrice dell'opera di Achenwall, anche se la sostanza della posizione kantiana è radicalmente diversa. V., sul punto, GUYER, *Stellenindex und Konkordanz zum Naturrecht Feyerabend, Teilband I: Einleitung des Naturrechts Feyerabend*, cit., pp. 111-112.

⁽¹³⁾ Però, nel IV Libro del *Naturrecht Feyerabend*, dedicato allo *jus gentium*, invero molto breve, Kant abbandona Achenwall, indicando come miglior testo di riferimento il *Droit des gens* di Vattel, pur non condividendone il pensiero. Cfr. SADUN BORDONI, *Introduzione*, cit., pp. 46-48.

⁽¹⁴⁾ Proprio nel 1784 fu redatto il primo progetto organico di codice generale degli Stati prussiani (*Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten*), che, però, entrerà in vigore solo nel 1794. Sul rapporto tra illuminismo e giusnaturalismo in Germania, nel Settecento, v. F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno con*

Feyerabend un luogo di estrema rilevanza, si inserisce in una fase del giusnaturalismo tedesco — collocabile proprio dopo la metà Settecento e prima della rivoluzione francese — nella quale si fa impellente l'esigenza di una revisione. Kant dà un contributo decisivo nella direzione del superamento del vecchio diritto naturale, che sul piano filosofico ha come punto di riferimento la scuola wolffiana, determinandone « una nuova configurazione, aperta ad una feconda mediazione con il pensiero moderno e con il senso più profondo dell'illuminismo, quell'uscita dell'uomo dallo stato di minorità »⁽¹⁵⁾ enunciata da Kant proprio nel 1784. In questa prospettiva, non è da accogliere la tesi che vede in Kant il demolitore del diritto naturale⁽¹⁶⁾. Peraltro, non va sottovalutato il fatto che la complessa riconsiderazione del diritto naturale che Kant opera nel *Naturrecht Feyerabend*, confrontandosi con Achenwall, investiva i rapporti con la tradizione romanistica, su una serie di punti nodali relativi al diritto privato⁽¹⁷⁾.

Le pagine introduttive del *Naturrecht Feyerabend*⁽¹⁸⁾ acquistano un peculiare rilievo nell'ottica di una valutazione complessiva del pensiero giuridico di Kant. Come si accennava più sopra, Kant svolse il corso sul diritto naturale, di cui si ha la trascrizione manoscritta, nello stesso periodo in cui fu ultimata la redazione della *Fondazione della metafisica dei costumi*. E soprattutto nell'*Introduzione alle Lezioni* emergono importanti e numerosi parallelismi con lo scritto pubblicato nel

particolare riguardo alla Germania (1967), Milano, Giuffrè, 1980, vol. I, pp. 420, 477 e ss., 500 e ss. Cfr. altresì D. CANALE, *The Many Faces of the Codification of Law in Modern Continental Europe*, in *A History of the Philosophy of Law in the Civil Law World, 1600-1900*, D. Canale, P. Grossi, H. Hofmann (eds.), Dordrecht — Heidelberg — London — New York, Springer, 2009, pp. 164-174.

⁽¹⁵⁾ Così SADUN BORDONI, *Introduzione*, cit., p. 39.

⁽¹⁶⁾ Ivi, p. 40. Cfr. O. VON GIERKE, *Giovanni Althusius e lo sviluppo storico delle teorie politiche giusnaturalistiche* (1880), a cura di A. Giolitti, Torino, Einaudi, 1943, pp. 230-231. Sull'apporto di Kant alla demolizione del giusnaturalismo « più antico e acritico » v. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno con particolare riguardo alla Germania*, cit., vol. II, pp. 8-10, 364.

⁽¹⁷⁾ È significativo che, ad esempio, riguardo alla teoria del contratto, Kant affermi la superiorità del diritto romano, criticando la dottrina giusnaturalistica e la posizione di Achenwall. Cfr. SADUN BORDONI, *Introduzione*, cit., pp. 41-43. Come lo stesso Sadun Bordoni sottolinea (ivi, p. 42), le fonti della conoscenza kantiana del diritto romano rappresentano un « un terreno vergine per la ricerca ».

⁽¹⁸⁾ Cfr. KANT, *Lezioni sul diritto naturale* (Naturrecht Feyerabend), cit., pp. 68-89. D'ora in poi si farà riferimento a questo testo citandolo come *Naturrecht Feyerabend*. La traduzione italiana (curata da Sadun Bordoni) dell'*Introduzione al Naturrecht Feyerabend* è stata pubblicata per la prima volta (con il testo tedesco a fronte) sulla « Rivista internazionale di filosofia del diritto », 84 (2007), pp. 237-281.

1785⁽¹⁹⁾. Va evidenziato, al riguardo, che proprio la documentazione di tali parallelismi è uno degli scopi meritori dell'edizione critica delle *Lezioni*⁽²⁰⁾.

Invero, diversi sono gli elementi di connessione con la *Fondazione*⁽²¹⁾, al punto da poter affermare che il manoscritto « a tratti appare quasi offrire un commento alla *Fondazione*, sviluppando argomentazioni e giustificazioni di certe tesi non esplicitate in essa »⁽²²⁾.

L'*Introduzione* al *Naturrecht Feyerabend* inizia con l'affermazione secondo la quale l'uomo soltanto può essere riguardato come fine in se stesso, e mai semplicemente come un mezzo. Solo le cose della natura, infatti, possono essere considerate come mezzi in vista di altri fini. L'uomo è scopo in se stesso e può pertanto avere solo un valore *intrinseco*, cioè avere dignità. Le cose hanno, invece, un valore *estrinseco*, ovvero un prezzo⁽²³⁾.

Nella *Fondazione* tale idea costituisce l'oggetto della formulazione dell'imperativo pratico (categorico): « agisci in modo da trattare l'umanità, così nella tua persona come nella persona di ogni altro, sempre insieme come fine, mai semplicemente come mezzo »⁽²⁴⁾. La contrapposizione tra l'uomo e le cose, in quest'opera, è ricondotta alla prospettiva del « regno dei fini », che riguarda il rapporto reciproco tra esseri razionali. Per Kant, la moralità è l'unica condizione sotto la quale un essere razionale può essere fine in sé e « solo la moralità, e l'umanità in quanto sia capace di essa, costituiscono ciò che ha dignità »⁽²⁵⁾.

L'*Introduzione* contiene una articolata disamina del concetto di libertà⁽²⁶⁾, che si pone come fondamento del valore intrinseco dell'uomo. La libertà si lega al fatto che l'essere umano possiede una

⁽¹⁹⁾ Cfr. SADUN BORDONI, *Introduzione*, cit., pp. 18-19.

⁽²⁰⁾ Di ciò si dà conto in maniera precisa nelle dense note al testo. Cfr. *Naturrecht Feyerabend*, pp. 233-282.

⁽²¹⁾ Tali elementi sono puntualmente individuati da M.A. CATTANEO, *Riflessioni sul giusnaturalismo di Kant*, in « Rivista internazionale di filosofia del diritto », 85 (2008), spec. pp. 14-16.

⁽²²⁾ Così SADUN BORDONI, *Kant e il diritto naturale*, cit., p. 206.

⁽²³⁾ *Naturrecht Feyerabend*, pp. 69, 71.

⁽²⁴⁾ Cfr. I. KANT, *Fondazione della metafisica dei costumi*, trad. e intr. di F. Gonnelli, Roma-Bari, Laterza, 1997, p. 91.

⁽²⁵⁾ Ivi, p. 103.

⁽²⁶⁾ Per alcune utili notazioni sullo sviluppo della riflessione kantiana sulla libertà si veda SADUN BORDONI, *Introduzione*, cit., pp. 21-24. Sulla libertà come tema centrale dell'*Introduzione* al *Naturrecht Feyerabend*, così come dell'intera riflessione filosofico-giuridica kantiana, cfr. P. GUYER, *Kant's Politics of Freedom*, in « Ratio Juris », 29 (2016), 3, p. 428 e ss.

propria volontà, che non deve dipendere da null'altro (27). La libertà del volere è un'ipotesi necessaria, se si pensa ad enti razionali come scopi in sé. Soltanto la libertà rende ciò possibile. Essa è la condizione sotto la quale l'uomo può essere un fine in se stesso (28). Qui trova giustificazione la sua dignità.

Il diritto « è la limitazione della libertà, in base alla quale la libertà può coesistere con quella di chiunque altro secondo una regola universale » (29). Ne segue che una libertà non regolata rappresenta un pericolo. « Se... ciascuno fosse libero senza legge, nulla potrebbe pensarsi di più terribile. Infatti ciascuno farebbe con l'altro ciò che vuole, e così nessuno sarebbe libero. L'animale più feroce non sarebbe da temere tanto quanto un uomo senza legge » (30). Il diritto, pertanto, è concepito come un insieme di limiti alle singole libertà, perché solo in tal modo la libertà di uno non si trasforma nell'illibertà per gli altri (31). Ad esso, poi, è estranea ogni considerazione della felicità, « perché la felicità ognuno la cerca come vuole » (32). È così radicalmente esclusa dall'orizzonte del diritto la felicità, marcando una netta presa di di-

(27) Anche gli animali hanno una volontà, « ma non hanno una volontà propria, bensì la volontà della natura ». *Naturrecht Feyerabend*, p. 71. « La libertà è l'indipendenza del volere da impulsi sensibili come ragioni determinanti » (p. 93). « La libertà... deve dare a se stessa le leggi. Se essa prendesse le leggi dalla natura, non sarebbe libera » (p. 75). Kant vede nella mancata distinzione tra leggi della natura e leggi della libertà il limite fondamentale del giusnaturalismo tradizionale, dal quale si congeda, pur condividendo concetti e problemi, che vengono, però, riformulati all'interno di una prospettiva ben diversa. Cfr. SADUN BORDONI, *Introduzione*, cit., pp. 22-23.

(28) RAUSCHER, *Review Essay: A New Resource for Kant's Political Philosophy*, cit., p. 359.

(29) *Naturrecht Feyerabend*, p. 71. Si veda anche I. KANT, *Idea di una storia universale dal punto di vista cosmopolitico*, in ID., *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, trad. di G. Solari e G. Vidari, edizione postuma a cura di N. Bobbio, L. Firpo, V. Mathieu, Torino, Utet, 1995³, pp. 129-130: *Tesi quinta* (si cita dalla ristampa del 1998; la prima edizione degli *Scritti* è del 1956). La definizione è ripresa nella *Metafisica dei costumi*. Cfr. I. KANT, *La metafisica dei costumi*, trad. e note a cura di G. Vidari, Roma-Bari, Laterza, 1999, p. 35: *Introduzione alla dottrina del diritto*. § C. *Principio universale del diritto*.

(30) *Naturrecht Feyerabend*, p. 71. Sui riferimenti testuali kantiani, a partire dalle riflessioni degli anni '70 fino alla *Pace perpetua*, in merito al tema della libertà senza limiti, v. le *Note al testo* in *Naturrecht Feyerabend*, pp. 237-238, nota 14, dove Sadun Bordoni opportunamente sottolinea come il *topos* sia già presente in Aristotele e, nella dottrina moderna del diritto naturale, nella tradizione hobbesiana ripresa da Pufendorf, nonché in Achenwall.

(31) Cfr. N. BOBBIO, *Diritto e Stato nel pensiero di Emanuele Kant*. Lezioni raccolte dallo studente G. Sciorati (1957), Torino, Giappichelli, 1969², pp. 118, 122-23.

(32) *Naturrecht Feyerabend*, p. 73.

stanza da Achenwall. Conseguentemente viene criticata la concezione paternalistica dello Stato, rovesciando la tradizione del giusnaturalismo tedesco ⁽³³⁾.

Nell'*Introduzione* al *Naturrecht Feyerabend* Kant distingue la moralità dalla legalità. La moralità è la conformità dell'azione con il dovere, in quanto la ragione determinante dell'azione sia il dovere stesso ⁽³⁴⁾. Il dovere riguarda l'azione a cui si è costretti da leggi morali e un'azione morale ha valore quando sorge dal dovere ⁽³⁵⁾. La legalità riguarda le azioni, che però non accadono in base al dovere. Si tratta di azioni compiute in conformità al dovere, ma per qualche inclinazione o interesse o impulso diverso dal puro rispetto del dovere ⁽³⁶⁾.

Se l'etica è la filosofia pratica dell'azione con riguardo alle intenzioni, lo *Jus* è la filosofia pratica delle azioni (esterne) senza riguardo alle intenzioni ⁽³⁷⁾. Lo *Jus* è la scienza del giudizio delle azioni secondo la loro legalità e si rivolge ad azioni che possono essere coercite ⁽³⁸⁾.

La coazione, invero, è limitazione della libertà, ma è conforme al diritto quando promuove la libertà universale. Un'azione orientata secondo una regola universale della libertà è giusta, altrimenti è ingiusta. Opporre resistenza ad un'azione ingiusta significa ostacolare l'azione che si oppone alla libertà universale e, dunque, promuovere la libertà e l'accordo della libertà privata con la libertà universale ⁽³⁹⁾. La coazione, che è la resistenza opposta ad un'azione che nasce dalla libertà di un altro, è conforme al diritto quando promuove la libertà universale, respingendo l'ingiustizia consistente nell'impedire lo svolgimento delle azioni permesse ⁽⁴⁰⁾. La coazione è dunque necessaria alla conservazione della libertà, è un rimedio ad una illibertà, è « negazione della negazione », poiché è un atto di illibertà compiuto per respingere l'atto di illibertà dell'altro e, così, per affermare la libertà ⁽⁴¹⁾.

Una libertà illimitata conduce, nello spazio della coesistenza intersoggettiva, alla distruzione della libertà (esterna), che riguarda l'individuo in rapporto ad altri individui. La giustificazione della coazione deriva dal compito del diritto di rendere possibile, senza contrad-

⁽³³⁾ Ivi, pp. 87, 89, 99, 207, 211. Cfr. SADUN BORDONI, *Introduzione*, cit., p. 44.

⁽³⁴⁾ *Naturrecht Feyerabend*, p. 85.

⁽³⁵⁾ Ivi, p. 83.

⁽³⁶⁾ Il rispetto, nel lessico kantiano, è la stima, l'apprezzamento, di un valore, in quanto esso limita tutte le inclinazioni. Cfr. ivi, p. 83.

⁽³⁷⁾ Ivi, p. 87.

⁽³⁸⁾ Ivi, p. 85.

⁽³⁹⁾ Ivi, pp. 87, 99, 107.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. O. HÖFFE, *Immanuel Kant* (2000⁵), Bologna, il Mulino, 2002, p. 199.

⁽⁴¹⁾ Cfr. BOBBIO, *Diritto e Stato nel pensiero di Emanuele Kant*, cit., pp. 131-132.

dizioni, la convivenza delle libertà esterne ⁽⁴²⁾. Il diritto, dunque, concerne la libertà e « riposa soltanto sulla libertà » ⁽⁴³⁾; non è altro che la legge dell'eguaglianza di azione e reazione della libertà: contiene perciò soltanto le regole della libertà, mediante la quale uno limita un altro ⁽⁴⁴⁾.

Alla luce dell'idea della piena compatibilità tra diritto e coazione e della necessità della seconda per la realizzazione del primo ⁽⁴⁵⁾, Kant definisce il diritto soggettivo come facoltà di costringere ⁽⁴⁶⁾. E, propriamente, l'autorizzazione alla coercizione di altri ⁽⁴⁷⁾. Va sottolineato, in proposito, che nello stato di natura vi sono diritti originari, innati, ma sono tutti negativi: « non sono diritti di costringere l'altro, ma di resistergli » quando l'altro arreca un torto. Tra questi diritti, il primo è « quello della libertà illimitata della propria persona », dal quale derivano altri diritti ⁽⁴⁸⁾.

Il rinnovamento kantiano della dottrina del diritto naturale, testimoniato dal *Naturrecht Feyerabend* anche grazie ad una reinterpretazione e rielaborazione delle costruzioni teoriche degli autori precedenti, ricavando da esse nuova linfa concettuale, avviene, in primo luogo, attraverso la messa tra parentesi della questione riguardante il carattere reale o fittizio dello *status naturae* e la sua trasformazione nella questione trascendentale relativa alle condizioni di possibilità dello stato civile ⁽⁴⁹⁾.

Invero, lo stato di natura è un'idea di ragione, che rappresenta la costruzione puramente razionale di una convivenza senza Stato, nella quale domina la libertà illimitata (e selvaggia) di tutti ⁽⁵⁰⁾.

Kant, in polemica con Achenwall e con il giusnaturalismo tradizionale, nega che si possa contrapporre il diritto *in statu naturali* al diritto sociale, rilevando che vi possono essere anche società *in statu naturali* ⁽⁵¹⁾. Lo stato naturale si contrappone, invece, allo stato civile ⁽⁵²⁾, nel quale è necessario entrare, dal momento che solo così è possibile far valere il contenuto delle regole relative ai rapporti tra gli individui.

⁽⁴²⁾ HÖFFE, *Immanuel Kant*, cit., pp. 197-199.

⁽⁴³⁾ *Naturrecht Feyerabend*, p. 105.

⁽⁴⁴⁾ Ivi, pp. 103, 105.

⁽⁴⁵⁾ BOBBIO, *Diritto e Stato nel pensiero di Emanuele Kant*, cit., p. 130.

⁽⁴⁶⁾ « Io ho un diritto, quando ho una ragione per costringere la volontà di altri ». *Naturrecht Feyerabend*, p. 97.

⁽⁴⁷⁾ Ivi, p. 99.

⁽⁴⁸⁾ Ivi, pp. 111, 113, 115. Sul punto v. GUYER, *Kant's Politics of Freedom*, cit., pp. 429-430.

⁽⁴⁹⁾ SADUN BORDONI, *Kant e il diritto naturale*, cit., p. 221.

⁽⁵⁰⁾ HÖFFE, *Immanuel Kant*, cit., p. 208.

⁽⁵¹⁾ *Naturrecht Feyerabend*, p. 111. Kant, qui, fa l'esempio del matrimonio. Cfr. anche ivi, p. 195.

⁽⁵²⁾ Ivi, p. 203. Kant riprende questa idea, tornando a criticare Achenwall, nella *Metafisica dei costumi*, Parte I, cap. III, § 41.

Il diritto dello stato di natura è sostanzialmente diritto privato: riguarda la proprietà e i suoi modi di acquisto, il contratto e le sue specie, le successioni, il matrimonio. Tale diritto non scompare nello stato civile, ma qui trova la sua garanzia, con la sostituzione della forza collettiva e imparziale alla forza individuale, naturalmente parziale⁽⁵³⁾.

Proprietà, contratto, matrimonio sono istituzioni giuridiche valide anteriormente allo Stato. Esse riguardano rapporti giuridici che, prima della costituzione dello Stato, hanno un significato e un'efficacia provvisori. Si tratta, però, di rapporti non arbitrari, non dipendenti dall'arbitrio di un sovrano assoluto⁽⁵⁴⁾, che solo nello stato civile ricevono tutela in modo sicuro, stabile, durevole⁽⁵⁵⁾.

Lo Stato si pone, dunque, come un'istituzione necessaria secondo ragione; un'istituzione di second'ordine funzionale alle istituzioni di primo ordine⁽⁵⁶⁾ ed è volta ad assicurare le situazioni giuridiche private, che preesistono al diritto pubblico.

Kant sottolinea che nello *status naturalis* « la legge serve semplicemente alla valutazione »⁽⁵⁷⁾. Vi è il diritto di difendersi ma non di punire. Il diritto naturale, infatti, contiene principi della valutazione, non dell'esecuzione, e, di per sé, non è sufficiente per l'esecuzione stessa⁽⁵⁸⁾. « La sicurezza generale sorge quando gli uomini si danno un diritto generale, pongono un giudice, e a questi attribuiscono la forza »⁽⁵⁹⁾.

Siamo, qui, nella società civile, che si fonda su un *contratto originario*, il quale è un'idea che si trova necessariamente nella ragione. Tale contratto implica il consenso di tutti e tutte le leggi in una società civile devono essere pensate come date tramite l'adesione di tutti⁽⁶⁰⁾. In tal modo il contratto si pone come titolo razionale di legittimità dello Stato e come esigenza razionale per la realizzazione del diritto, come

⁽⁵³⁾ Cfr. BOBBIO, *Diritto e Stato nel pensiero di Emanuele Kant*, cit., pp. 144-148, 206-207. V. *Naturrecht Feyerabend*, p. 205.

⁽⁵⁴⁾ HÖFFE, *Immanuel Kant*, cit., p. 194; P. RILEY, *The Philosophers' Philosophy of Law from the Seventeenth Century to Our Days*, Dordrecht — Heidelberg — London — New York, Springer, 2009, p. 206.

⁽⁵⁵⁾ BOBBIO, *Diritto e Stato nel pensiero di Emanuele Kant*, cit., pp. 149-150. Cfr. anche G. SOLARI, *Introduzione*, in KANT, *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, cit., p. 27. Questo testo riprende parti del saggio pubblicato da Solari tra il 1929 e il 1931, ripubblicato nel 1934 (Torino, Edizioni de «L'Erma») con il titolo *La formazione storica e filosofica dello Stato moderno*.

⁽⁵⁶⁾ HÖFFE, *Immanuel Kant*, cit., pp. 205-206, 213.

⁽⁵⁷⁾ *Naturrecht Feyerabend*, p. 223.

⁽⁵⁸⁾ Ivi, p. 109.

⁽⁵⁹⁾ Ivi, p. 205.

⁽⁶⁰⁾ *Ibidem*. Kant ritorna su tale idea nello scritto del 1793 *Sopra il detto comune*: « questo può essere giusto in teoria, ma non vale per la pratica », in KANT, *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, cit., pp. 262-263.

base ultima di legittimazione di tutte le leggi pubbliche che devono proteggere dall'ingiustizia, garantendo la coesistenza delle libertà (61). Lo stato di natura, pertanto, è uno stato il cui destino è quello di dar luogo allo stato civile. Si tratta, così, di momenti successivi dello sviluppo dell'umanità (62), essenziali nell'ottica di una strategia argomentativa volta alla costruzione dell'ordine giuridico che presuppone la centralità dell'individuo.

Va evidenziato, a questo proposito, riprendendo l'analisi di Bobbio (63), che nello stato civile kantiano coesistono due nozioni di libertà: la libertà come facoltà di fare tutto ciò che si vuole senza recare ingiustizia ad alcuno (libertà come non-impedimento) e come facoltà di non obbedire ad altre leggi esterne, se non a quelle a cui si dà il proprio assenso (libertà come autonomia), che Kant riprende da Rousseau. È, quest'ultima, la libertà politica, che ha un valore strumentale per il più sicuro raggiungimento della prima libertà, che si pone come valore fondamentale della convivenza sociale.

Il *Naturrecht Feyerabend* può essere considerato un contenitore di idee che assume un notevole rilievo teorico; « il laboratorio della più tarda elaborazione sistematica della filosofia kantiana del diritto » (64) nella quale confluiscono, in uno sviluppo continuo (65), gli elementi di una riflessione già avviata in precedenza.

Le *Lezioni sul diritto naturale*, in questo senso, confermano che il pensiero di Kant, in campo morale, va inteso come un processo in cui si presentano costantemente nuovi punti di vista e nuove questioni (66). Un processo che ha come punto di riferimento essenziale — vera e propria stella polare che segna il percorso della ricerca kantiana nell'ambito della filosofia pratica — la libertà della persona umana come fine in sé.

(61) *Naturrecht Feyerabend*, p. 207. Cfr. SOLARI, *Introduzione*, cit., pp. 14-17; BOBBIO, *Diritto e Stato nel pensiero di Emanuele Kant*, cit., pp. 214-215; HÖFFE, *Immanuel Kant*, cit., pp. 208-209. Sulla funzione critico-normativa del contratto v. *ivi*, p. 210.

(62) BOBBIO, *Diritto e Stato nel pensiero di Emanuele Kant*, cit., p. 150. Cfr. KANT, *Idea di una storia universale dal punto di vista cosmopolitico*, cit., pp. 128-129.

(63) BOBBIO, *Diritto e Stato nel pensiero di Emanuele Kant*, cit., p. 226-227. Cfr. anche *Id.*, *Libertà* (1978), ora in *Id.*, *Etica e politica. Scritti di impegno civile*, Milano, Mondadori, 2009, in particolare pp. 833-837.

(64) SADUN BORDONI, *Introduzione*, cit., p. 50.

(65) Sottolinea come il *Naturrecht Feyerabend* risulti essenziale per la revisione dell'idea (avanzata da Cassirer) di una « svolta critica » interna alla filosofia pratica kantiana DE FEDERICIS, *Recensione*, cit., p. 177. Cfr., al riguardo, SADUN BORDONI, *Introduzione*, cit., p. 26 e nota 56, anche per i riferimenti bibliografici.

(66) HÖFFE, *Immanuel Kant*, cit., p. 29.

IRENE STOLZI

UN'IRRIDUCIBILE COMPLESSITÀ? IL FASCISMO FRA IMMAGINI E REALTÀ

(A proposito di alcuni recenti volumi ⁽¹⁾)

1. Il secolo nuovo. — 2. Il fascismo guardato da vicino. — 3. «Un'irriducibile complessità?».

1. *Il secolo nuovo.*

Giusto dieci anni fa, sul *Journal of Modern History*, lo storico australiano Richard J.B. Bosworth recensiva due volumi sul fascismo da poco usciti in Italia, vedendovi il segno della perdurante difficoltà della nostra storiografia a raggiungere un «new consensus» nel modo di guardare al regime ⁽²⁾. Nel tempo trascorso da quella recensione il periodo fascista è rimasto uno dei territori più frequentati dalla ricerca storica (non solo italiana), una sorta di miniera che sembra non esaurirsi, continuando a suscitare interesse e a offrire materiali di studio. Le molte e diverse voci che hanno contribuito e contribuiscono ad arricchire lo scaffale delle pubblicazioni sono, come ovvio, espres-

⁽¹⁾ G. MELIS, *La macchina imperfetta — Immagine e realtà dello Stato fascista*, Bologna, il Mulino, 2018 (d'ora in poi citato come MELIS); M. CIOLI, *Anche noi macchine! — Avanguardie artistiche e politica europea (1900-1930)*, Roma, Carocci, 2018 (d'ora in poi citato come CIOLI); F. AMORE BIANCO, *Mussolini e il «Nuovo ordine». I fascisti, l'Asse e lo spazio vitale (1939-1943)*, Milano, Luni editrice, 2018 (d'ora in poi citato come AMORE BIANCO); V. GALIMI, *Sotto gli occhi di tutti. La società italiana e le persecuzioni contro gli ebrei*, Firenze, Le Monnier, 2018 (d'ora in poi citato come GALIMI); *Architetti dello Stato nuovo — Fascismo e modernità*, a cura di G. Vacca, M. Bray, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Treccani, 2018 (d'ora in poi citato come Vacca, Bray).

⁽²⁾ R.J. BOSWORTH, in «Journal of modern history», 81 (2009), 1, p. 215; i libri recensiti erano A. MENICONI, *La maschia avvocatura*, Bologna, il Mulino, 2006 e il mio *L'ordine corporativo*, Milano, Giuffrè, 2007. Queste le parole di apertura del saggio: «If there are any serious historians who still believe that a 'new consensus' exists about the meaning of the Italian version of fascism, then they may be disabused by reading these two books».

sione di sensibilità disciplinari e di scelte metodologiche diverse, spesso anche distanti; come diverse sono — ed è altrettanto ovvio — le conclusioni cui pervengono i differenti autori.

Un simile, composito, quadro, non pare tuttavia porre l'osservatore dinanzi a una moltiplicazione dispersiva, irriducibile, delle letture destinate al ventennio. Al contrario, lo spazio interpretativo all'interno delle quali esse si muovono sembra sostenuto e delimitato, a monte come a valle, da una serie di acquisizioni che hanno crescentemente caratterizzato (e avvicinato) il timbro della storiografia degli ultimi anni. Un primo decisivo profilo di delimitazione 'a monte' — si tratta di osservazioni che ho già fatto altrove ⁽³⁾ — è rappresentato dalla considerazione del fascismo come fenomeno squisitamente novecentesco, che si origina dalla percezione di una cesura forte e che di quella cesura vuole essere interprete e alfiere. Il definitivo insediamento della società di massa (« Le cose sono [...] mutate profondamente il giorno in cui le masse sono entrate nella vita dello Stato » ⁽⁴⁾), così come l'inusitata portata della grande guerra (« il XIX si schiantò [...] nella guerra mondiale, dal 1918 viviamo irrevocabilmente nel XX secolo » ⁽⁵⁾) avevano contribuito a scavare un fossato profondo tra il prima (la *Welt von Gestern* ⁽⁶⁾) e il tempo avvenire.

L'esigenza di interpretare il nuovo *Zeitgeist*, e di immaginare, a partire da qui, il volto delle convivenze novecentesche, non fu, è chiaro, un problema soltanto italiano, né ebbe nel fascismo, come altrettanto evidente, l'unico esito possibile. È in questa prospettiva, mi pare, che Monica Cioli affronta il problema delle avanguardie artistiche e della loro relazione col politico; evidenziare la dimensione europea del fenomeno serve all'autrice a sottolineare la diffusa percezione di un cambiamento avvertito come epocale e a raggiungere lo stesso fascismo a partire da questa angolatura. Il suo non è infatti un libro sul fascismo; o meglio: il fascismo vi figura come una delle risposte che viene data alla ricerca di un ordine che possa dirsi fino in fondo novecentesco. Premonizioni e insieme segni del nuovo tempo, le avanguardie artistiche che sono avvicinate, in un simile quadro, come uno degli osservatori a

⁽³⁾ Il riferimento è a I. STOLZI, *Fascismo e cultura giuridica: persistenze ed evoluzioni della storiografia*, in « Rivista di storia del diritto italiano », LXXXVII (2014), p. 257 e ss.

⁽⁴⁾ A. ROCCO, *Disegno di legge sulle attribuzioni e prerogative del capo del governo primo ministro segretario di Stato*, Discorso letto al Senato del Regno il 19 dicembre 1925, in ID., *Scritti e discorsi politici*, Milano, Giuffrè, 1938, vol. III, p. 927.

⁽⁵⁾ È un'espressione di Diedrichs citata da CIOLI, p. 148; v. anche MELIS, pp. 16-20.

⁽⁶⁾ Il riferimento è S. ZWEIG, *Die Welt von Gestern — Erinnerungen eines Europäers*, uscito nel 1942.

partire dai quali si consuma il transito dalla *modernity* al *modernism*, con la modernità assunta a simbolo della « storia dell'uomo individuo, liberale e poi costituzionale, libero, ma di classe », mentre il modernismo è chiamato a esprimere il desiderio di « superare — se non rovesciare — tutto in una proiezione totalizzante, basata su solidissime pre-messe e pro-messe tecnologiche, con relativa indifferenza rispetto alle credenze — o ai miti — del prometeismo individualistico dell'era liberal-costituzionale » (P. Schiera, citato da CIOLI, p. 9).

È a partire da qui, da ben prima, cioè, che si consumasse la consapevole conversione verso un'idea di arte chiamata, come nel caso del secondo futurismo italiano, all'educazione e alla « fascistizzazione delle masse » (7) che prende forma il legame tra il politico e il variegato immaginario 'tecnocentrico' delle avanguardie. Sarà soprattutto la macchina a occupare un ruolo di spicco in tale immaginario (8): idolo bifronte, sorgente al tempo stesso di progresso e di distruzione (come la guerra aveva dimostrato), la macchina testimoniava la potenza del futuro, la sua ineluttabilità, ma anche, e non meno, la complessa interdipendenza dei suoi ingranaggi, il volto di un congegno creato dall'uomo ma pronto in ogni momento a sfuggirgli di mano.

Che il richiamo alla macchina servisse ora a identificare e qualificare anche lo Stato (lo « Stato-macchina », appunto: MELIS, p. 13) non sorprende se il Novecento segnava, tra le altre cose, la fine di « ogni illusione di spontaneità » (9), e, con essa, la percezione che l'ordine non potesse derivare dalla interazione spontanea tra le dimensioni e gli attori che concorrevano a definirlo, se insomma l'ordine, nel XX secolo, sembrava poter derivare solo dalla consapevole costruzione di una relazione tra essi, lo Stato stesso riusciva a rilanciare la propria centralità solo a patto di farsi macchina.

Lo nota con chiarezza Melis in un passaggio iniziale del suo libro, passaggio che, significativamente, viene ripreso alla lettera da Monica Cioli (p. 167): « L'idea dello Stato-macchina — così appunto Melis (p. 13) — si arricchiva ora di nuove connotazioni, corrispondeva ad esempio alle suggestioni disseminate dalla cultura futurista, a un certo linguaggio della modernità tipico delle società europee del dopoguerra, a una suggestione fordista circolante nelle nuove teorie sull'organizzazione del lavoro industriale ». Ed era una assimilazione, quella dello Stato alla macchina, calzante anche con riferimento al significato ancipite che poteva assumere: segnalava infatti l'intensa espansione dello

(7) Cfr. CIOLI, pp. 197-200, con riferimento esplicito all'aeropittura e al ruolo giocato dall'impresa etiopica nel determinare una simile virata del futurismo.

(8) Sul legame tra futurismo e macchinismo, v., ivi, pp. 10-11.

(9) P. COSTA, *Civitas — storia della cittadinanza in Europa*, 4 — *L'età dei totalitarismi e della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2001, p. 256.

Stato, il suo farsi soprattutto organizzazione e amministrazione, ponendo sul tappeto il tema, inedito, della ingegneria istituzionale; ma segnalava pure il rischio che tale nuovo e ipertrofico volto dello Stato allevasse i germi di una sua possibile fragilità, di una debolezza originata dalla difficoltà a garantire la prevalenza delle capacità aggreganti del centro sulle spinte centrifughe.

Anche se non legato all'immagine, squisitamente fascista, del nocchiero, del « demiurgo che pilota l'intero apparato » (*ibidem*), il problema dell'indirizzo politico, della identificazione dei criteri e delle sedi capaci di imprimere una direzione di marcia unitaria alla vita della complessa macchina, fu un problema che, a partire dagli anni Venti e Trenta del Novecento, ha occupato (e da allora continua ad occupare) uno spazio rilevante nell'agenda della riflessione giuspolitica. E proprio questo riferimento a un ordine da costruire e progettare conferma, per un verso, la « legittimità storica pienamente novecentesca » del fascismo (« l'ordine fascista è un ordine costruito » ⁽¹⁰⁾) e, per l'altro, rappresenta un ulteriore aspetto capace di delimitare, a monte, il timbro del discorso storiografico.

Se infatti una delle grandi preoccupazioni dell'Ottocento era stata quella di tenere a debita distanza Stato e società, col XX secolo a essere cercate furono le strade che permettessero di mettere in relazione i due termini, e, soprattutto, di elevare la relazione tra essi a elemento fondativo e non turbativo dell'ordine. Nel momento in cui appariva sempre più difficile presidiare i vecchi confini ricorrendo alla distinzione tra regole ed eccezioni o collocando fuori dall'asse principale della sovranità i nuovi compiti sociali ed economici dello Stato, nel momento in cui, cioè, iniziavano ad apparire spuntate le armi che ancora nella crisi di fine secolo potevano essere utilizzate per ritrovare le proporzioni note, la questione della ricerca di un ordine (che potesse dirsi) nuovo impegnava trasversalmente i diversi ambiti disciplinari.

E mi pare che questo rappresenti un altro dei fili rossi che contribuisce a comporre l'orditura dei diversi studi qui considerati: si intitola *Architetti dello Stato nuovo* il lavoro collettaneo appena pubblicato da Treccani che tocca i molti e diversi ambiti nei quali si volle esprimere la vocazione novatrice del fascismo. L'assunto di base, da cui nasce l'idea del volume, è proprio quello di aprire il confronto con un'ipotesi di « modernizzazione » non democratica che si avvalse anche di un significativo apporto delle « élite del pensiero italiano » (Vacca, Bray, p. 2). La tastiera dei temi toccati è estremamente ampia: dall'impresa della Treccani di Giovanni Gentile alle riforme della scuola, dalla progettazione rocciana alla stesura dei nuovi codici, dalla politica culturale di Bottai alla nascita dell'economia mista fino ai contributi

(10) Si tratta di riferimenti tratti da Costa, *ivi*, p. 271.

destinati all'arte e all'architettura nel (e del) Ventennio. Non è tuttavia un libro sul consenso della cultura al regime; piuttosto è un libro che tenta di scandagliare e articolare questa relazione complessa: cosa rappresentò il fascismo, cioè un fenomeno diversamente interpretato e interpretabile, per queste *élite*, e anche per quella parte di esse che si dichiarò convintamente fascista? quanto i legami tra il fascismo e la cultura 'alta' furono il frutto di una lucida e consapevole strategia di attrazione perseguita dal regime? ma anche: quanto consapevole ed efficiente fu la resistenza perpetrata da una parte della cultura opponendo, ad esempio, il valore della tecnica o della competenza?. Ad emergere è, appunto, un affresco composito che ribadisce l'impossibilità di accedere a risposte univoche, stilizzate, riportabili a un'unica ipotesi interpretativa.

Analogamente, è dedicato a ricostruire i contorni di uno specifico progetto politico e a restituire le differenti sollecitazioni di cui si nutrì, l'ultimo lavoro di Fabrizio Amore Bianco dedicato al dibattito ordinovista che, soprattutto dall'inizio degli anni Quaranta, vagheggiava un'Europa integralmente bonificata dal liberalismo e consegnata per intero alla civiltà fascista, così come incarnata dall'asse italo-tedesca. Con lo spazio europeo che si confermava nella veste di orizzonte geo-politico decisivo del secondo dopoguerra, una sorta di terra promessa capace di dare senso anche 'da destra' al conflitto mondiale; non solo dunque l'Europa del Manifesto di Ventotene, l'Europa degli esuli e dei confinati, baluardo dell'antifascismo, ma l'Europa come dimensione chiamata a incanalare anche aspettative di segno opposto e a lenire la crescente delusione interna per la mancata integrale fascistizzazione della vita nazionale (AMORE BIANCO, pp. 16-19).

Pure per la ricerca di Amore Bianco la parola-chiave mi pare sia articolazione: il tentativo, pienamente riuscito, è quello di guardare più da vicino questo dibattito, di coglierne implicazioni, tensioni, sfumature; è da una simile prospettiva che i riferimenti al nuovo ordine europeo assumono i contorni, meno noti, di uno « scontro generazionale » (p. 19 e p. 267 e ss.), laddove ad essere « messa in discussione » non era la « militanza fascista » (p. 17), semmai la tiepidezza con cui le vecchie guardie avevano dato corso al « processo rivoluzionario » (*ibidem*). Al tempo stesso, quel dibattito porta allo scoperto le tensioni interne tra le diverse organizzazioni fasciste della gioventù e più di una distanza tra la visione del fascismo italiano e quella dell'alleato nazionalsocialista (specialmente le pp. 281-283 e 306-308). Ma non meno complesso si presenta il rapporto con la cultura: ad essere messa in rilievo, infatti, è la « capacità del regime di attrarre una parte non residuale dell'intellettualità italiana, in particolare quella di nuova generazione », convinta che la guerra fosse, e dovesse essere, una « guerra rivoluzionaria » (pp. 14-15); le « discussioni sul dopoguerra — nota l'autore — riuscirono a coinvolgere una parte non indifferente del

mondo accademico, che partecipò con interesse — e in diversi casi con slancio — alla progettazione della nuova civiltà fascista » (p. 15). Anche se — ed è un ulteriore tassello — « fu lo stesso regime — o meglio, Mussolini — nella prima fase del conflitto, a non credere affatto all'utilità del coinvolgimento attivo della cultura nella progettazione della Nuova Europa » ⁽¹¹⁾.

2. *Il fascismo guardato da vicino.*

Se dunque il fascismo è raggiunto muovendo dalla condivisa rilevazione della cesura novecentesca, è a partire da qui, da questa rilevazione, che vengono affrontate due questioni strettamente correlate e da sempre cruciali nel discorso storiografico sul fascismo: la questione del rapporto col 'prima' e con l'altro', da un lato; la questione della maggiore o minore capacità del fascismo di realizzare compiutamente la propria vocazione totalitaria, e, con essa, un'autentica palingenesi della vita politica e sociale italiana, dall'altro. Che poi è anche il modo di chiedersi se e quanto il rapporto col 'prima' e con l'altro', ovvero il rapporto con ciò che può essere variamente ricondotto al precedente mondo liberale, oppure a contesti, ispirazioni, riferimenti 'altri' rispetto a quello fascista, abbia intralciato il passo al regime, oppure se gli intralci siano riportabili (anche o prevalentemente) a dinamiche interne al fascismo.

Si tratta di domande che percorrono soprattutto il lavoro di Guido Melis e di Valeria Galimi; il primo — quello di Melis — fornisce la risposta nello stesso titolo; la macchina fascista fu possente ma, appunto, imperfetta: « il fascismo — nota Melis — fu fenomeno molto più complesso del regime totalitario che la storiografia si è spesso rappresentata, illudendosi di poterlo racchiudere in quell'aggettivo. Fu più articolato e permeabile, poroso, persino; più monoliticamente pluralista (si perdoni l'ossimoro, usato qui consapevolmente); più abitato da interessi differenti di quanto non si sia spesso ritenuto [...] Per quanto volitivo potesse apparire il messaggio alla vigilia della rivoluzione fascista, per quanto vibrante l'ansia di edificare sul sangue delle trincee (così si conclamava) la nuova Italia in camicia nera, e con essa,

⁽¹¹⁾ « Non fu un caso, del resto — prosegue Amore Bianco — se per un certo periodo il duce cercò di ricondurre i piani di riorganizzazione dell'Europa sotto l'egida del ministero degli Esteri, ostacolando quei tentativi messi in atto da alcune personalità della classe dirigente fascista — come Giuseppe Bottai e Camillo Pellizzi — di varare una organica politica culturale dell'Ordine nuovo, tentativi originari dall'illusione di conferire alle discussioni culturali sul dopoguerra un peso nelle scelte politiche del regime più importante di quello — di fatto quasi nullo — che in realtà ebbero » (AMORE BIANCO, pp. 15-16); v. anche ivi, pp. 302 e ss.

secondo alcuni, lo Stato moderno, quel proposito originario certamente falli » (12).

Ma — e questo è, a mio parere, un riferimento decisivo, sul quale tornerò in conclusione — la formulazione di una simile valutazione non prescinde dalla rilevazione degli elementi di rottura, che furono molti e molto incisivi, elementi che servono a identificare uno spazio specifico, quello della dittatura, all'interno del quale vengono poi individuati movimenti e influenze complessi, che ne smagliano, certo, il volto monolitico, ma che non valgono a disperdere, semmai a connotare, la specificità storica e storiografica del fascismo.

La necessità di fare i conti con « un quadro più complesso e sfaccettato di quello che si è soliti considerare » (GALIMI, p. 24) costituisce anche il *leit motiv* dell'intero studio di Valeria Galimi, che affronta il nodo delle persecuzioni antiebraiche da un osservatorio peculiare, quello dei comportamenti della società, sia negli anni del regime, sia nella complessa gestione (rimozione) della memoria dall'indomani della Liberazione a oggi. Benché l'antisemitismo non fosse stato inventato dal fascismo, né fosse un fatto tipico del solo XX secolo, la Galimi ritiene che gli anni del regime fecero registrare una forte recrudescenza nelle politiche persecutorie anche prima del fatidico Settembre del '43. Non originate soltanto da un moto imitatorio nei confronti del più aggressivo alleato tedesco, quelle politiche scatenarono reazioni molteplici nei diversi ambienti sociali, geografici e professionali presi in esame, così come nell'arco temporale (1938-1944/45) nelle quali esse si dispiegarono.

L'intento dichiarato dall'autrice è quello di esaminare tali fenomeni guardandoli più da vicino, nella convinzione che il « gioco di scala » (p. 2 e p. 5) consenta di arricchire e complicare il quadro interpretativo consegnato dalla storiografia più e meno recente. Non sono pertanto casuali i riferimenti che, in un paio di passaggi del volume, chiamano in causa la microstoria, che non è, appunto, una modalità di « ingrandimento » (13) del particolare, ma, secondo le parole di uno dei suoi maestri italiani, uno strumento per mettere in tensione lo « sguardo da lontano » e lo « sguardo da vicino » e per verificare, attraverso questa « coesistenza » tra « primo piano » e « campo lungo » (14), la tenuta delle interpretazioni 'macro'. L'esito è, anche in questo caso, una significativa articolazione dello spazio di

(12) MELIS, pp. 567-568; al riguardo Melis contrappone (pp. 232-235) la retorica di regime della nuova Italiaagliarda al ritratto, di opposto segno, che negli stessi anni viene offerto dalla letteratura (Moravia, Brancati, Alvaro, Vittorini, Pavese).

(13) C. GINZBURG, *Storia e microstoria — incontro con M. Boarelli*, in « Lo Straniero », XVII (aprile 2013), p. 52.

(14) *Ibidem*.

indagine: si articola la galassia ebraica, se è vero che nel determinare la sorte di molti giocò un ruolo rilevante il fatto di essere ebrei italiani o stranieri; il tipo di mezzi economici e di strumenti culturali posseduti o la qualità delle relazioni intrattenute col contesto sociale circostante (decisiva, fu, a esempio, la qualità dei rapporti col personale di servizio o comunque subordinato) ⁽¹⁵⁾. Al tempo stesso, si articola il panorama delle altre presenze significative per ricostruire i contorni della vicenda persecutoria; a essere passate al vaglio sono, in questo caso, alcune coppie concettuali (attori/spettatori; vittime/carnefici; delatori/giusti) che non sembrano capaci di esaurire e contenere la varietà dei comportamenti tenuti dagli ebrei e nei riguardi degli ebrei: è la memorabile scenata con la quale la madre ebrea, rifugiata in un convento, rimprovera le suore, che pure le stavano salvando la vita, di voler convertire al cattolicesimo la figlia bambina ⁽¹⁶⁾, ma è anche la delazione di quelli che, fino a poco prima, sembravano « ottimi vicini di casa » ⁽¹⁷⁾, come è la miriade di comportamenti intermedi, di chi offre aiuti interessati o di chi non fa nulla per evitare identificazioni e catture (p. 59 e ss.). In tutti i casi — su questo invece Valeria Galimi è perentoria — si trattò di una scelta (p. 88).

È significativo che l'autrice ricorra, in più di un'occasione, all'immagine della « lente » (p. 18, 61 e 131), appunto utilizzata per segnalare questa esigenza di vedere vicende e articolazioni che solo uno sguardo ravvicinato riesce a cogliere. Ed è ugualmente significativo che Melis descriva il suo lavoro richiamando l'opera dello « scienziato che scruta al microscopio la vita più intima del suo oggetto di studi » (p. 567). Verso la fine del volume si trova una frase che forse ne compendia il senso complessivo; nel libro — dice Melis — si è tentato di capire « come si articolò il circuito decisionale nel regime fascista, quali furono le modalità pratiche attraverso le quali maturarono scelte davvero decisive, quanto e se contò il sistema di veti e di influenza, come si disposero gli equilibri tra poteri in un sistema di potere assoluto » (p. 494). Dunque una domanda sul chi, dove, come, quando e per quanto tempo; ed è sufficiente scorrere l'indice del volume per capire con quanta ampiezza si sia dato seguito a una simile indicazione ⁽¹⁸⁾. Si è infatti di fronte a un lavoro straordinario, nel quale un singolo autore

⁽¹⁵⁾ Alla situazione degli ebrei stranieri è espressamente dedicato il secondo capitolo (p. 37 e ss.); per gli altri aspetti, v. specialmente pp. 76-86.

⁽¹⁶⁾ Il riferimento va a L. LEVI, *Una bambina e basta* (1994), Roma, edizioni e/o, 2018, pp. 149-150.

⁽¹⁷⁾ L'espressione, di G. Mosse, è citata in E. GENTILE, *Il fascino del persecutore. George L. Mosse e la catastrofe dell'uomo moderno*, Roma, Carocci, 2007, p. 73.

⁽¹⁸⁾ Il libro, che supera le 600 pagine, è diviso in quattro capitoli: Il governo fascista, Il Partito, Le istituzioni, Lo Stato e gli interessi.

riesce a 'reggere' una tastiera di temi che di solito è pensabile affrontare solo immaginando uno studio a più mani. È un'aratura sorprendente per estensione e documentazione, cui si accompagna sovente l'indicazione di ulteriori zone da dissodare, da analizzare più da vicino e più in profondità.

Come si accennava dianzi, è soprattutto lo scavo sul rapporto persistenze/cesure a costituire uno dei fili rossi (forse il filo rosso) dell'intero lavoro di Melis. Alla rilevazione degli elementi di discontinuità fa riscontro la segnalazione dell'universo delle persistenze, di aspetti, cioè, che possono essere ricondotti alla sopravvivenza (inerziale o intenzionale) di un mondo precedente; al tempo stesso, vengono identificate zone non immediatamente riportabili alla visione fascista del mondo, ma neppure riconducibili al contesto anteriore al regime. A emergere è una complessa intersezione tra quanto avvenne *a causa* del fascismo, quanto *durante* il fascismo e quanto (e anche) *malgrado* il fascismo. Un simile intreccio, una simile sovrapposizione di piani, tuttavia, non è riscontrabile solo considerando la dimensione, più sotterranea e carsica, delle prassi, delle mentalità, ma pure guardando al terreno, scoperto, degli atti e delle manifestazioni ufficiali del regime. Non si fu di fronte — sembra dirci Melis — a una superficie normativa e istituzionale priva di smagliature, poi variamente corrosa e insidiata da un gioco sotterraneo di sopravvivenze e resistenze.

Andiamo con ordine. Anzitutto il territorio delle rotture, che non furono poche né marginali e che vengono puntualmente enumerate dall'autore. A partire dalle c.d. leggi fascistissime, la cui sostanza dirimpante venne spesso e consapevolmente camuffata sostenendo come esse si limitassero a mettere per iscritto prassi e consuetudini già consolidate nella precedente vita parlamentare e istituzionale⁽¹⁹⁾. Argomenti non dissimili furono utilizzati anche per presentare il nuovo codice penale che pure presentava « la trama di una chirurgia tutt'altro che epidermica, anzi capace di incidere a fondo sull'organismo preesistente del diritto penale in una chiave di evidente torsione autoritaria dei suoi stessi principi » (p. 276).

Ancora: la tacitazione delle voci difformi; il progressivo, drastico svuotamento delle prerogative parlamentari (p. 305 e ss.) reso possibile anche dalla sequenza delle riforme elettorali e dal radicale cambiamento

(19) Cfr. MELIS, pp. 121-122 con riferimento specifico al modo con cui presentò il progetto di legge sulle prerogative del Capo del Governo il suo relatore alla Camera, Giuliano Balbino; pp. 123-124 per le analoghe argomentazioni usate per presentare il progetto di legge sulla facoltà del potere esecutivo di emanare norme giuridiche. Lo stesso espediente argomentativo fu spesso utilizzato da Alfredo Rocco, autentico *deus ex machina* delle leggi fascistissime; sul punto mi permetto di rinviare a I. STOLZI, *Alfredo Rocco: lo Stato autoritario di masse*, in Vacca, Bray, specialmente pp. 61-64.

prodottosi nell'idea di rappresentanza e nei metodi di selezione dei rappresentanti; le distruzioni e le violenze; la legislazione razziale (p. 540 e ss.); il controllo poliziesco sulla vita dei cittadini; il regime più aspro della censura; il processo di occupazione della società da parte dello Stato in vista di una sua integrale irreggimentazione nei ranghi delle organizzazioni fasciste (specialmente p. 399 e ss.); l'inaugurazione di un sistema di sorveglianza e di giudizio (la milizia volontaria, l'OVRA, il Tribunale speciale per la difesa dello Stato: p. 119 e p. 368) interessato a identificare e punire, secondo la logica tipica degli Stati a vocazione totale, soprattutto i nemici interni, i nemici della rivoluzione. Del pari nuova fu la nascita, specialmente grazie alla figura del segretario federale, di un « corpo di professionisti della politica » (p. 136) e nuova fu la macchina corporativa, un pachiderma che forse nacque stanco e che sicuramente diventò ipertrofico, ma che fu anche il terreno di coltura di una classe dirigente più giovane, con una « più forte identità politica di segno fascista » (p. 96), come fu il terreno sul quale mettere a punto una legge (la legge sindacale del 1926) che invece funzionò benissimo e fu espressione di una visione non semplicemente autoritaria nel modo di governare la relazione tra Stato e sindacati ⁽²⁰⁾. Fu inedito anche l'uso che si fece della stampa e in generale dei mezzi di comunicazione quali strumenti di propaganda, così come fu dichiaratamente ispirata all'idea di realizzare una perfetta coincidenza tra « età scolastica ed età politica » ⁽²¹⁾ la riforma della scuola ideata da Bottai e bloccata nella sua attuazione dalla caduta del regime.

Può analogamente essere iscritto in questa linea di rottura con la tradizione il modo con cui si ricorse a epurazioni, trasferimenti punitivi e sostituzioni di soggetti non allineati al regime ⁽²²⁾; nuovo fu il ruolo

⁽²⁰⁾ Sul punto mi permetto di rinviare a STOLZI, *L'ordine corporativo*, cit., pp. 95-96.

⁽²¹⁾ L'espressione, di Bottai, è citata da MELIS, p. 501.

⁽²²⁾ Rilevante fu, ad esempio, la vicenda dell'Istat, fondato nel 1926, posto alle dirette dipendenze del Capo del Governo e legato fin dalla sua nascita alla centralità della « dimensione demografica » e alla questione della razza. A dirigerlo fu chiamato Corrado Gini, che certo non era un antifascista ma che « ebbe una sua linea del Piave nella difesa della scientificità della statistica e nell'assoluta fedeltà ai dati »; probabilmente, fu proprio tale atteggiamento a determinarne la sostituzione, nel 1932, con Savorgnan che era meno indipendente (ivi, pp. 107-111); quanto alle epurazioni, Melis dedica specifica attenzione a quelle che nel 1924 colpirono soltanto due (Ruini e Corradini) dei quattro consiglieri di Stato epurandi (Salvati e Lusignoli erano gli altri due); v. ivi, pp. 321-322; con riguardo ai trasferimenti punitivi, è citato il caso del sovrintendente Ettore Modigliani, che, non avendo voluto chiedere la tessera del PNF, si trovò trasferito da Milano a L'Aquila (ivi, p. 521).

svolto dal PNF come « grande macchina dell'inclusione »⁽²³⁾, e rilevante fu il peso riconosciuto alla tessera del partito quale strumento per fare carriera o per accelerarne il corso, e questo anche prima del 1940-1941, prima, cioè, che la tessera diventasse, come allora si diceva, la « tessera del pane », ovvero requisito necessario non solo per l'accesso agli uffici pubblici ma anche per gli avanzamenti di carriera⁽²⁴⁾. Imponente e forse senza eguali nella storia dello Stato unitario fu pure il piano di opere pubbliche varato dal fascismo, tanto a livello urbano (si pensi alla fondazione di vere e proprie nuove città), quanto a livello agricolo (si pensi alle bonifiche, alle norme sui consorzi e gli ammassi) (p. 237 e ss.).

Ma la lente applicata ai fenomeni osservati serve all'autore — lo si diceva sopra — a rilevare un territorio altrettanto forte (per Melis forse più forte) di continuità rispetto al mondo di prima, o comunque gli serve a rilevare presenze significative non riconducibili a una ispirazione fascista. Semplificando un po' si può dire che a molti degli elementi di novità è possibile contrapporre altri di segno contrario o comunque diverso. Tra questi: l'esistenza di molte carriere che iniziano e proseguono seguendo criteri consolidati, non condizionati dall'appartenenza politico-partitica (per es., p. 29, p. 101, pp. 112-114; pp. 332-333); la tenace resistenza (in certi casi una vera rivincita) della provincia e del suo notabilato, rispetto alle ambizioni centralizzatrici e uniformanti del regime (pp. 142-143 e pp. 218-227); la presenza di

(23) MELIS, p. 181. Il partito — prosegue Melis — si fece carico « talvolta anche supplendo lo Stato, degli aspetti dell'integrazione di classe (assicurava il lavoro); di quelli di sostegno ai più deboli ed emarginati (garantiva il sussidio); di quelli dell'accesso alle sfere alte della piramide sociale (poteva agire da ascensore sociale); ottenendo in cambio l'obbedienza (il consenso in determinati frangenti) degli strati popolari più deboli ma anche della diffusa piccola borghesia urbana e rurale, la vera spina dorsale della società italiana tra le due guerre. Ceti che, a loro volta, obbligati com'erano all'osservanza delle ritualità fasciste (il sabato fascista, l'adunata, la partecipazione in divisa alle varie manifestazioni, l'obbligo della camicia nera nelle feste nazionali, il sia pur sommario apprendimento del catechismo del regime) finivano, lo volessero o no (ma spesso entusiasticamente lo chiedevano), per essere culturalmente ed antropologicamente forgiati dalla dittatura » (*ibidem*).

(24) Ivi, p. 171; al riguardo Melis cita un passo significativo della discussione parlamentare di tale legge; il deputato Scardovi sostenne infatti che la radiazione dal PNF avrebbe dovuto comportare l'espulsione dall'impiego statale; Buffarini Guidi, a nome del governo, rigettò l'emendamento dichiarando che in tal modo « l'amministrazione statale avrebbe abdicato a quella autonomia di giudizio che ha sempre avuto e sulla quale si basa tutto l'ordinamento delle amministrazioni dello Stato. Singolare argomento — osserva Melis — che rimandava implicitamente alla tenuta della distinzione tra Stato e partito » (*ibidem*).

soggetti nuovi e decisivi (come gli enti economici) che nascono nel quadro di nicchie tecnocratiche espressione di ambienti non indifferenti od ostili al fascismo ma sicuramente non immediatamente legati ad esso (p. 95 e p. 469 e ss.); l'ancoraggio a un abito formalistico di gran parte dei giuristi e della giurisprudenza (ma su questo mi riservo di dire qualcosa più avanti) che fece cadere nel vuoto buona parte delle perorazioni a favore di una integrale fascistizzazione del diritto (ammesso che si avesse un'idea chiara su cosa fosse tale fascistizzazione).

Non solo: in questo gioco delle articolazioni, Melis increspa e modula la valutazione che è possibile dare delle stesse cesure. Alcuni esempi: ad occupare una postazione strategica (e potenzialmente decisiva per uno Stato a vocazione totalitaria) come quella di responsabile della censura teatrale (disciplinata rigidamente da una legge del 1931) fu un personaggio come Leopoldo Zurlo, che dette generalmente un'interpretazione morbida del proprio ruolo, spesso suggerendo agli autori teatrali le modifiche necessarie a superare le maglie della censura (pp. 88-90). Per converso, è possibile imbattersi nell'ipotesi speculare, nell'ipotesi, cioè, che sia un uomo della vecchia guardia liberale, un « fedelissimo dei leader liberali » (p. 371), Arturo Bocchini, a trasformarsi « con perfetto mimetismo nel più fedele ed efficace strumento delle politiche liberticide del regime » (*ibidem*). Nominato a capo della polizia nel 1926, Bocchini mise in piedi una rete informativa efficientissima che dette vita a una sorta di schedatura a tappeto della popolazione italiana, alla quale nulla sfuggiva (neppure vizi privati o abitudini più o meno confessabili). In tal modo fu assicurato un controllo capillare e preventivo, che il suo predecessore — il quadrumviro De Bono che, almeno sulla carta, era più fascista — non riuscì a realizzare, rimanendo legato, secondo Melis, a una concezione rozzamente repressiva dell'attività di polizia (p. 374). Così come poteva capitare che Rocco, uomo di punta del regime, regista di tutte le leggi fascistissime, redarguisse, nel 1929, Giovanni Appiani che, in veste di procuratore generale della Cassazione e nell'occasione solennissima dell'inaugurazione dell'anno giudiziario, aveva 'accusato' la Cassazione (e il suo presidente Mariano D'Amelio) di non aver dato un contributo adeguato, o adeguatamente convinto, alla compiuta fascistizzazione del diritto.

Emblematica, rispetto a questa rete intricata di spinte e compresenze, è la vicenda del Consiglio di Stato, cui Melis dedica molto spazio; alla presidenza del prestigioso Collegio, dal gennaio del 1929 all'ottobre del 1944, siede Santi Romano. La sua nomina, la prima ad essere « totalmente esterna » (p. 323), rappresentò, già di per sé, un importante segno di rottura. Santi Romano, tuttavia, « pur avendo chiesto e ottenuto la tessera del PNF (ma solo il 6 ottobre 1928), non vantava alcun precedente esplicito di militanza fascista attiva, né sino ad allora si era occupato espressamente di politica » (*ibidem*). Egli fu — dice

Melis — « qualcosa di più e di meno di un presidente fascista; fu insieme garante presso il duce della fedeltà dell'istituzione da lui presieduta e, con ambigua doppiezza, della relativa autonomia dalla politica del Consiglio di Stato » (pp. 327-328). Melis ricostruisce accuratamente la fisionomia di un organismo che, a esempio, si mostrò generalmente garantista nei contenziosi di lavoro dei dipendenti pubblici, spesso marginalizzando il peso da riconoscersi al possesso della tessera del PNF (p. 331), e che, in linea di massima, si mantenne legato a una impostazione tradizionale, tradizionalmente formalista, del diritto e del ruolo dell'interprete (p. 340). Dunque un complesso lavoro di « giuntura tra i contenuti legislativi nuovi e il vecchio ordinamento [...] come se] il Consiglio di Stato in un certo modo metabolizzasse l'ordinamento fascista, non contestandolo ma piuttosto inserendo le nuove norme nel corpo delle vecchie » (p. 341). « Il vulnus inflitto alla costituzione liberale dalle leggi fascistissime del 1925-26 non escluse — conclude Melis — il mantenimento in funzione, per tutto l'arco del ventennio della dittatura, di istituzioni (come, appunto, il Consiglio di Stato) nei cui confronti il regime, lungi dal tentarne brutalmente la conquista applicandovi lo *spoils system*, sembrò preferire la strada più cauta e ambigua del condizionamento politico. Ciò avvenne in larga misura — lo si vedrà — per la magistratura ordinaria, in parte per l'Esercito, in generale per l'amministrazione pubblica e specialmente per i suoi alti gradi » (p. 329).

3. « Un'irriducibile complessità? ».

Due osservazioni conclusive.

La prima attiene alla relazione tra fascismo e giuristi, sotto la specie dei diversi significati che possono essere attribuiti alle professioni di formalismo e legalismo; è infatti noto come l'antiformalismo e l'antilegalismo siano stati considerati, da alcuni dei c.d. giuristi di regime, ingredienti decisivi per la costruzione di un sistema giuridico adeguato a uno Stato totalitario. A registrarsi fu dunque un'importante torsione dei significati sottesi a simili visioni: se fino ad allora esse erano servite a criticare e mitigare il monopolio legislativo-statuale del diritto a favore di una cittadinanza più attiva di giudici e interpreti, con le teorizzazioni novecentesche dello Stato totale antilegalismo e antiformalismo diventarono risorse necessarie a portare lo Stato ovunque, a garantire, cioè, la massima aderenza del diritto, in tutte le sue manifestazioni, allo spirito fascista. « Dappertutto — le parole sono di un perplesso Jemolo — si inneggia [...] al giurista, al giudice, il quale partecipa della vita del suo tempo [...] interpreta i bisogni della società in cui egli vive [...] in luogo della fedeltà alla norma [...] si chiede a lui la fedeltà all'idea politica e sociale animatrice dello Stato, e che il potere

sovrano incarna e proclama» (25). Da tale prospettiva, più che il comando astratto e distante della legge, serviva la collaborazione attiva del giudice e dell'amministratore, servivano fonti di altro tipo, « plastiche e [...] pieghevoli » (26), illuminate, dall'alto, dalla luce dei principi, dei nuovi principi generali dell'ordinamento giuridico fascista, e vivificate, dal basso, dal lavoro di giudici e funzionari.

Non sorprende dunque che l'ancoraggio di gran parte della scienza giuridica di formazione liberale a una visione formalistica e legalistica del diritto sia stata utilizzata, alla caduta del regime, per tracciare una linea di demarcazione netta tra i 'veri' giuristi e i giuristi di regime, e per collocare questi ultimi, tutti e indistintamente, sul piano deterioro dell'apologetica (27). Né sorprende che si sia attribuito a un simile ancoraggio il merito di aver impedito l'integrale fascistizzazione del diritto, mentre restarono isolate le voci — penso allo straordinario *Umanesimo giuridico* di Giovanni Miele (28) — che iniziarono a interrogarsi, fin dalla metà degli anni Quaranta, sulle responsabilità del formalismo, su quell'abitudine dei giuristi a servire un « esigente padrone » (29), il legislatore, senza curarsi dei valori e dei contenuti espressi dal diritto positivo. Applicare la legge in quanto legge fu insomma la via — lo nota anche Melis — che consentì di dar corso a norme come le leggi fascistissime o le leggi razziali (p. 342 e ss.); ma fu anche la via che, rendendo possibili complesse mediazioni tra vecchi e

(25) A.C. JEMOLO, *Il nostro tempo e il diritto* (1932), in Id., *Pagine sparse di diritto e storiografia*, Milano, Giuffrè, 1957, p. 55; pensare che fosse possibile realizzare la coincidenza diritto-giustizia « con un abbandono delle vie battute, con una trasformazione del giudice in legislatore minore, con la possibilità accordatagli di scostarsi sempre di più dalla norma scritta [...] è illusione pericolosa. È in fondo uno spossare il legislatore a vantaggio del giudice, un sostituire mille criteri al criterio dell'organo unico che impersona il paese. La legalità ha le sue pecche, le sue macchie [...] d'accordo. [...] Ma nel ritmo consueto della vita dei popoli [...] il legislatore resta quegli che le scritture dicono ministro di Dio, e la giustizia non ha servo più devoto e fido del diritto »; sono parole di Id., *Il diritto come lo vedono i non giuristi* (1931), in Id., *Pagine sparse*, cit., p. 25.

(26) S. PANUNZIO, *Il problema dei codici e i limiti della codificazione*, in « Lo Stato », VII (1936), p. 656. Nello stesso senso un altro dei giuristi di punta del regime, G. Maggiore, del quale si veda *Sui principi generali del diritto*, in *Studi sui principi generali dell'ordinamento giuridico fascista*, Pisa, Mariotti, 1943, pp. 84-94.

(27) Forse la più nota lettura in tal senso è quella di S. PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica*, in « Rivista italiana per le scienze giuridiche », IV (1950), pp. 49-50.

(28) G. MIELE, *Umanesimo giuridico*, in « Rivista del diritto commerciale », 1945, p. 103 e ss.

(29) Ivi, p. 105.

nuovi materiali giuridici, permise di preservare l'ordinamento da ulteriori e pericolosi precipizi.

Al riguardo resta valida, secondo Melis, l'interpretazione formulata da Cassese fin dai primi anni Settanta, secondo la quale la chiusura verso il fascismo da parte della cultura giuridica sia stata dettata più da un risalente e consolidato abito « di chiusura nei confronti dei dati reali emergenti dall'ordinamento » che da un intento di consapevole resistenza al regime (Cassese, cit. p. 257). Insomma, « non tanto la chiusura di fronte al fascismo impedì di vedere la realtà emergente, quanto proprio la volontà di non vedere quella realtà condusse alla chiusura di fronte al fascismo » (D. Serrani, cit. *ibidem*). « Si pagò un prezzo » — dice Melis — « e fu altissimo » (p. 265): perché quella chiusura impedì di cogliere molte trasformazioni (la società di massa, il modo di concepire l'autorità, il nuovo volto dell'amministrazione); perché non produsse sguardi attenti su atti normativi relevantissimi ma non espressi nella forma della legge; perché, infine, favorì un'interpretazione delle stesse leggi spesso orientata a forzarne il significato all'interno dei tradizionali (e ormai vecchi) schemi interpretativi ⁽³⁰⁾.

Sovente animati dalla convinzione che un certo modo di immaginare Stato e società, la loro relazione, il sistema delle fonti o il compito dell'interprete, fosse l'unico possibile e praticabile, molti giuristi tesero a valutare il fascismo alla stregua di un'anomalia passeggera, destinata, come tale, a chiudersi e a fallire proprio per l'oggettiva impossibilità di insediare una diversa visione del mondo. Col rischio di schivare l'incontro col Novecento nel suo complesso e di alleggerire il peso giocato dal fascismo sulla storia nazionale (anche e soprattutto su quella successiva alla sua caduta). « Noi — a dirlo è Calamandrei nel 1950 — vorremmo limitarci a scrivere su questi vent'anni della storia del mondo che stanno dietro alle spalle, un solo motto: *'Hic sunt ruinae'*: e ripigliare il cammino, senza voltarci indietro. Anche noi giuristi ci siamo rimessi al lavoro, cercando di non voltarci indietro [...] così noi giuristi siamo di nuovo intenti a dissotterrare dalle macerie le travature dei nostri edifici logici, e a restaurare le nostre *cattedrali di concetti*. Ripigliamo il cammino come se l'avessimo lasciato ieri; ricominciamo » ⁽³¹⁾.

La scelta di un passo di Calamandrei non è casuale; non si è infatti di fronte a un giurista qualunque: critico nei confronti fascismo fin dagli

⁽³⁰⁾ Emblematico il modo con cui venne letta la legge sindacale del 1926; sul punto mi permetto di rinviare a STOLZI, *L'ordine corporativo*, cit., p. 25 e ss.

⁽³¹⁾ P. CALAMANDREI, *Processo e giustizia*, in « Rivista di diritto processuale », I (1950), p. 273.

anni Venti ⁽³²⁾, affezionato a una visione tradizionale, tradizionalmente legalistica del diritto ⁽³³⁾, Calamandrei accetta di scrivere, come noto, il codice di procedura civile del 1940. Melis si diffonde nella ricostruzione del suo rapporto con Grandi, e l'impressione è che una relazione di rispetto umano e professionale riesca, se non a travalicare, certo a tenere sullo sfondo le distanze ideologiche (pp. 282-290). Sulle ragioni del coinvolgimento di Calamandrei molti sono gli interrogativi che restano aperti: si trattò del lucido e consapevole impegno di un giurista di rango interessato a evitare che la redazione del codice fosse affidata a giuristi fascisti? Ebbe un peso la convinzione, sia da parte di Calamandrei che di Grandi, che si trattasse di un prodotto eminentemente tecnico, per sua natura limitatamente condizionabile da elementi politici? Oppure: il ricorso a un giurista tutt'altro che simpatizzante tradiva la difficoltà del regime a elaborare una propria visione del diritto, dal momento che le circolanti idee su cosa dovesse essere il diritto fascista erano molto diverse? Ma anche: il coinvolgimento di giuristi non fascisti, muniti di una solidissima preparazione tecnica, esprimeva un'abile strategia del fascismo, interessato ad attrarre cervelli, e a rendere meno percepibile, anche ai piani 'alti' della cultura, il suo volto autoritario? O ancora: il fatto che i codici (non solo quello di procedura civile) e molte leggi siano stati scritti da uomini lontani dall'esuberanza ideologica dei giuristi di regime fu il segno di un potere meno forte rispetto alle sue autorappresentazioni, di un potere tenuto a fare i conti, a mediare e a scendere a compromessi con presenze e competenze difficili da trovare nelle proprie fila e pur necessarie alla sua vita?

E una simile conclusione può essere estesa alla magistratura, all'esercito, agli apparati burocratici, a soggetti, cioè, geneticamente atrezzati ai trapassi di regime, e quindi servitori dei diversi regimi, ma anche, e al tempo stesso, corpi, capaci, come tali, di esprimere e imporre una propria visione del mondo, di essere, cioè, cedevoli e resistenti insieme? (a es., pp. 117-118). « Metabolizzare » è un termine che ricorre

⁽³²⁾ Fu, come noto, tra i fondatori nel 1925 del foglio clandestino *Non mollare!* nonché tra i firmatari del *Manifesto degli intellettuali antifascisti*.

⁽³³⁾ « I giuristi — a dirlo è Calamandrei — non possono permettersi il lusso della fantasia »; il giurista deve rispettare le leggi: tentare di forzare il tenore della legge significa agire « da politico, non da giurista »; « Questa azione sovvertitrice delle leggi, che può avere la sua moralità e la sua funzione storica, non è la moralità del giurista; il quale, anche quando il contenuto della legge gli fa orrore, sa che nel rispettarla e nel farla rispettare quale essa è, anche se iniqua, si riafferma quell' ideale di uguaglianza e di reciprocità umane che vivifica e riscalda l'apparente rigidità del sistema della legalità. E forse questo culto della legalità a tutti i costi [...] ha una sua grandezza morale [...] Anche la legalità ha i suoi drammi »; così P. CALAMANDREI, *La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina*, in « Rivista del diritto commerciale », 1942, pp. 341-348.

più di una volta nel lavoro di Melis proprio per segnalare i diversi modi con cui, di volta in volta, si compose questa relazione complessa e mobile tra le diverse anime ed espressioni del e nel fascismo. L'intento, pienamente riuscito, è quello di restituire il fascismo al suo « dinamismo interno » (p. 50), un dinamismo, direi, orizzontale e verticale, interessato a cogliere, nel Ventennio, tanto il movimento sincronico che il diacronico.

E benché Melis sottolinei come il suo lavoro sia soprattutto un « inventario di problemi » (p. 567), un modo per aprire domande, non solo (e non tanto) per confezionare risposte, nel formulare il bilancio della sua ricerca ritiene che una delle cifre distintive del fascismo sia rappresentata dall'imponente sfasatura tra le mire palinogenetiche dichiarate dal regime e i risultati effettivamente conseguiti. Ma anche nel misurare lo scarto, sembra necessario evidenziarne le differenti, possibili cause: dalle autentiche eterogenesi dei fini, ogni volta in cui una norma, un'istituzione o una decisione produssero effetti diversi da quelli voluti, fino ai casi in cui effetti diversi o inferiori a quelli dichiarati potevano essere riportati a resistenze di vario segno, a una strategia consapevolmente messa in atto dal regime o a dinamiche interne agli ambienti del fascismo. Per questo mi sentirei di aggiungere, tra i moltiplicatori di complessità, anche il richiamo alle diverse interpretazioni che gli ambienti fascisti dettero del ruolo e della funzione del fascismo stesso. Il riferimento non va, chiaramente, alle adesioni opportunistiche o di facciata, ma alle dispute tra chi aderì convintamente al fascismo ed ebbe, al contempo, idee diverse sulla sua missione storica. Se tutto questo è plausibile, ha senso chiedersi quanto fu fascista una norma, un'istituzione, un comportamento? Oppure un simile interrogativo presuppone una definizione di fascismo sufficientemente chiara ed univoca, difficile da ricavare da un insieme così composito di materiali e sollecitazioni?

Di qui la seconda e ultima osservazione. Aprendo questo breve contributo, si è cercato di mettere in luce alcuni elementi che sembrano delimitare, a monte, il perimetro di massima all'interno del quale si muove la più recente storiografia sul fascismo. Ma anche a valle — lo si diceva sempre all'inizio — non è forse impossibile trovare un denominatore comune, capace di unire i diversi lavori qui considerati. Questo denominatore potrebbe essere rappresentato proprio dalla rilevazione di una « irriducibile complessità » (p. 362) del fascismo, dalla difficoltà, cioè, di racchiuderne la fisionomia in un calco interpretativo statico e tendenzialmente monocausale. Peraltro, il rischio che, in tal modo, il fascismo diventi invisibile ⁽³⁴⁾, o venga derubricato a mera espressione

⁽³⁴⁾ Il riferimento è al titolo del saggio di P. CAPPELLINI, *Il fascismo invisibile — Una ipotesi di esperimento storiografico sui rapporti tra codificazione civile e regime*, in « Quaderni fiorentini », XXVIII (1999), p. 198 e ss.

cronologica chiamata ad indicare ciò che avvenne in Italia nel periodo infrabellico, sembra scongiurato dal fatto che una simile, irriducibile complessità viene evidenziata e studiata a partire dalla percezione di una rottura, di un salto di qualità (quella che si è chiamata delimitazione a monte del campo storiografico). Dalla percezione, cioè, di un cambiamento forte, di secolo e di regime, che vale a definire il perimetro dell'osservazione storica.

Del resto un ventennio può essere un tempo lunghissimo, se si ha riguardo al prezzo che molti hanno dovuto pagare sull'altare del fascismo, ma anche un tempo molto breve, ove si immagini che sia sufficiente a rifondare *ab imis* la vita politica, istituzionale e sociale di un determinato paese. Senza trascurare il fatto che tale 'prova di aderenza' tra intenti dichiarati e risultati ottenuti, sembra assumere, da sempre, contorni e caratteri particolarmente stringenti per il fascismo. Resterebbe da chiedersi quale altro periodo storico passerebbe tale esame a pieni voti, considerando tanto la conformazione abituale della storia, il suo essere sempre un territorio di compresenze tra persistenze e cesure, quanto un aspetto più generale, non legato allo studio del solo passato, dal momento che anche per il tempo presente è possibile formulare soltanto interpretazioni documentate, essendo illusoria ogni pretesa di copertura totale, di conoscenza integrale di fatti, fonti e documenti.

MARIA SOLE TESTUZZA

IL FATTO DELLA GENERAZIONE:
UN PONTE GETTATO A FAR ARCO

(A proposito di *Genesis. XVII/1, 2018. La ricerca della paternità. Responsabilità, diritti e affetti*,
a cura di Stefania Bartoloni e Daniela Lombardi)

1. La ricerca della paternità: un'immagine a tutto tondo. — 2. Il fatto della generazione tra *natura* e *civitas*: *backward*. — 3. ... *and forward*. — 4. « Sotto l'impulso irresistibile di nuovi bisogni ». — 5. Verso altri paesaggi.

1. *La ricerca della paternità: un'immagine a tutto tondo.*

Il discorso pubblico intorno alla 'ricerca della paternità' ha da qualche anno fatto breccia nel cantiere storiografico italiano. Le prime ricerche più significative sul piano giuridico risalgono a circa un ventennio fa e incrociano la storia della cittadinanza femminile ⁽¹⁾, quella delle complesse dinamiche che caratterizzano il controllo dell'illegittimità, della condizione delle madri nubili e dell'assistenza ai bambini abbandonati ⁽²⁾ e ancora lo studio dei processi per 'seduzione' ⁽³⁾ e

⁽¹⁾ Nell'ambito della storia dell'emancipazione femminile, tra le prime ricerche che hanno posto il focus giuridico sull'elusione della paternità si ricorda quella svolta da G. CONTI ODORISIO (*Il divieto di ricerca di paternità nello Stato liberale*, in *Paternità e maternità nella famiglia in transizione. Nuovi modelli e nuove identità*, a cura di M. Ferrari Occhionero, Milano, Unicopli, 1997, pp. 127-152) dedicata al dibattito italiano d'Ottocento intorno alla richiesta di abolizione del divieto codicistico di ricerca paterna.

⁽²⁾ Cfr. G. ALESSI, *Le gravidanze illegittime e il disagio dei giuristi (sec. XVII-XIX)*, in *Madri. Storia di un ruolo sociale*, a cura di G. Fiume, Venezia, Marsilio, 1995, pp. 221-245; G. ARRIVO, *Legami di sangue, legami di diritto (Pisa, secc. XVI-XVIII)*, in « Ricerche storiche », 27 (1997), pp. 231-261; A. BIANCHI, *La deresponsabilizzazione dei padri (Bologna, secc. XVI-XVII)*, ivi, pp. 263-286; F. REGGIANI, *Responsabilità paterna fra povertà e beneficenza: 'i figli dell'ospedale' di Milano fra Seicento e Settecento*, ivi, pp. 287-314; A. SANTANGELO CORDANI, *L'accertamento della paternità tra dottrina e prassi all'indomani del Concilio di Trento: uno sguardo alle Decisiones della Rota romana*, in *Amicitiae pignus. Studi in onore di Adriano Cavanna*, a cura di A. Padoa Schioppa, M.G.

quello del risarcimento del danno nei suoi intrecci con un sistema antico di presunzioni relative e assolute ⁽⁴⁾. La questione è stata ripresa anche per tracciare la parabola decrescente della potestà paterna e la progressiva inclinazione puerocentrica della cultura giuridica moderna e contemporanea e per indagare le ultime vicende della dialettica storica tra genitorialità biologica e genitorialità di volontà e di cura ⁽⁵⁾. Un'attenzione le è stata riservata infine per affermare il ruolo di primo piano del giurista nella fase del *Nation-building* e nella gestione del processo sociale ⁽⁶⁾.

Di Renzo Villata, G.P. Massetto, Milano, Giuffrè, 2003, vol. III, pp. 1949-1987; EAD., *Figli naturali e diritto agli alimenti nella giurisprudenza della Rota Romana tra Cinque e Seicento*, in *Panta rei. Studi dedicati a Manlio Bellomo*, V, Roma, Il Cigno, 2004, pp. 57-88; G. MECCA, *Fatherhood Cannot Be Demonstrated: The Investigation into Paternity in Italy (1865-1922)*, in *(Wo)Men in Legal History*, a cura di S. Vandenberghe, I. Lellouche, H. Duffuler-Vialle, S. Dhalluin, B. Debaenst, Lille, Centre d'histoire judiciaire, 2016, pp. 189-205; D. LOMBARDI, *Le déclarations de grossesse, l'obbligo degli alimenti e la tutela giuridica delle madri nubili. Francia e Italia XVI-XVIII secolo*, in « Rivista storica italiana », 130 (2018), pp. 5-43.

⁽³⁾ G. ALESSI, *Processo per seduzione. Piacere e castigo nella Toscana leopoldina*, Catania, PME, 1988; EAD., *Stupro non violento e matrimonio riparatore. Le inquiete peregrinazioni dogmatiche della seduzione*, in *I tribunali del matrimonio (secoli XV-XVIII)*, a cura di S. Seidel Menchi, D. Quagliani, Bologna, il Mulino, 2006; D. LOMBARDI, *Il reato di stupro tra foro ecclesiastico e foro secolare*, in *Trasgressioni. Seduzione, concubinato, adulterio e bigamia (XIV-XVIII secolo)*, a cura di S. Seidel Menchi, D. Quagliani, Bologna, il Mulino, 2004, pp. 351-382.

⁽⁴⁾ Sulla centralità del tema in relazione alla lunga vicenda del danno da seduzione cfr. G. CAZZETTA, *Praesumitur seducta. Onestà e consenso femminile nella cultura giuridica moderna*, Milano, Giuffrè, 1999, pp. 146-325.

⁽⁵⁾ Cfr. B. MONTESI, *Questo figlio a chi lo do? Minori, famiglie, istituzioni (1865-1914)*, Milano, FrancoAngeli, 2007, pp. 97-103; M. CAVINA, *Il padre spodestato. L'autorità paterna dall'antichità a oggi*, Roma-Bari, Laterza, 2007, p. 511 e ss. Una bella visione di insieme sull'attribuzione dello status di padre e sul conflitto storico tra paternità biologica e paternità di decisione, vivacissima anche perché si serve di affascinanti pagine di letteratura per mostrare sul tema i congegni della giustizia in azione, è stata offerta da G. GALEOTTI, *In cerca del padre. Storia dell'identità paterna in età contemporanea*, Roma-Bari, Laterza, 2009.

⁽⁶⁾ C.M. VALSECCHI, *Filiazione naturale e ricerca della paternità*, in *Avvocati protagonisti e rinnovatori del primo diritto unitario*, a cura di S. Borsacchi, G.S. Pene Vidari, Bologna, il Mulino, 2015, pp. 167-200; EAD., *Padri presunti e padri invisibili. Filiazione e ricerca della paternità nel diritto italiano tra Otto e Novecento*, in « Jus-online », 2015, 1, pp. 1-22; EAD., *La ricerca della paternità deve essere ammessa. La civilistica postunitaria e le riforme del diritto di famiglia. Questioni di diritto transitorio*, in « Italian Review of Legal History », I (2015), pp. 1-20; EAD., *Fathers by Law, Fathers*

Il suo successo coincide anche con l'accoglimento (tardivo e sofferto) da parte del legislatore italiano dell'unificazione dello status di figlio (7).

In un paesaggio a dir poco frastagliato, è stata poi decisiva la riproposizione, estensione e moltiplicazione di antichi dilemmi. In « un tempo storico in cui l'identità biologica del padre, e non più solo quella della madre, non può essere messa in dubbio » (8) per i progressi dell'ingegneria medica, la messa in opera di questo stesso sapere ha riaperto scenari che sembravano chiusi aggiungendovi nuovi elementi di incertezza e di conflitto. La possibilità di una pluralità di soggetti concorrenti alla generazione, il concepire nuovi modi di essere genitori e nuove libertà nell'uso del proprio potere riproduttivo hanno reso di drammatica attualità, su scala planetaria, il dibattito sull'attivazione di procedure giudiziali per l'accertamento dei 'diritti di sangue'. Lo studio dell'evoluzione delle indagini sulla paternità dalla fine del Settecento sino al secondo Novecento, così come più in generale le trasformazioni che interessano nello stesso crinale di tempo il processo generativo umano, permettono perciò di confrontarsi — diacronicamente, rifiutando un approccio formalistico e pericolose attualizzazioni o assolu-

by Choice: Paternity and Illegitimacy Between Ancien Régime and Codification in Western Countries, in *Family Law and Society in Europe from the Middle Ages to the Contemporary Era*, a cura di M.G. Di Renzo Villata, Cham, Springer, 2016, pp. 229-255. Ogni nuova lettura chiama a un passaggio ulteriore con l'inclusione di nuovi percorsi o a integrazione dei vecchi. Ci si permette di indicare anche un mio articolo la cui struttura e il cui apparato critico sono stati tenuti presenti per la redazione di questo lavoro. M.S. TESTUZZA, *In difesa di chi « non chiese la vita e non merita di patire per conto d'altri »*, in *Cultura e tecnica forense tra dimensione siciliana e vocazione europea*, a cura di F. Migliorino, G. Pace Gravina, Bologna, il Mulino, 2013, pp. 307-369.

(7) Seppure la riforma del 1975 ha allargato le tutele relative ai figli nati fuori dal matrimonio e riformulato coerentemente l'articolo 269 del codice civile del 1942 (« [...] La prova della maternità e della paternità può essere data con ogni mezzo [...] »), un sensibile immobilismo ha contraddistinto nei successivi trent'anni l'operato del legislatore nazionale. Con un certo ritardo rispetto al quadro europeo e dopo ripetuti interventi della Corte costituzionale, solo la legge n. 219/2012 (Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali, G.U. 17.12.2012, n. 293) e, in base alla delega, il Decreto Legislativo 28 dicembre 2013, n. 154, G.U. 8.1.2014, n. 5 hanno più pienamente sancito il principio della unicità dello status di figlio. Su questa nuova stagione cfr. G. FERRANDO, *La nuova legge sulla filiazione. Profili sostanziali*, in « Corriere giuridico: Mensile di giurisprudenza civile, legislazione e opinioni », 2013, 4, pp. 525-535.

(8) S. BARTOLONI, D. LOMBARDI, *Introduzione*, in « Genesis », XVII (2018), 1, *La ricerca della paternità. Responsabilità, diritti e affetti*, a cura di S. Bartoloni, D. Lombardi, p. 5.

tizzazioni, nel rispetto dunque della comprensione del passato — con alcuni nodi cruciali di queste dispute contemporanee ⁽⁹⁾.

Come testimonia l'ampia convergenza di studi, la potenza attrattiva di questo specifico argomento risiede tuttavia nella sua fecondità culturale e nell'insieme delle differenti sollecitazioni che provoca. La 'ricerca giuridica' del padre per il suo nesso strettissimo con il 'fatto della generazione' rappresenta nella difficile transizione dall'antico regime all'età contemporanea « una finestra aperta sul complesso gioco del costituirsi e del trasformarsi dell'ordine sociale » ⁽¹⁰⁾. Tra comandi e divieti, speculazioni teoriche e la cogenza delle pratiche offre un'immagine a tutto tondo nella quale si conserva impresso un groviglio di questioni.

La visuale è tanto più nitida se si accetta di far cadere, per quanto possibile, le vecchie barriere disciplinari e si mettono a profitto le intersezioni tra eterogenei percorsi storiografici e linee di interesse, si pensi soprattutto all'apporto della storia sociale, della storia della medicina, della storia delle donne e di quella di genere. Alla luce di prospettive molteplici e di fruttuose conversazioni, il tema infatti cattura e disvela — in una alternanza di bruschi capovolgimenti e rassicuranti ripetizioni — i cambiamenti della famiglia e della rete strutturale degli status, le trasformazioni delle strategie di riconoscimento dell'identità dei soggetti e di cura dei loro bisogni vitali, i rapporti di potere sul corpo umano, la porosità della sfera domestica e di quella pubblica, le relazioni tra quest'ultima dimensione e i segreti degli uomini. Ed ancora, la configurazione ideale dello Stato e le sue metamorfosi, l'affermazione e la crisi del « protagonismo » e della « centralità gerarchica » della Legge e le molteplici ragioni del suo intervento (« paternalistico o autoritario, concesso/imposto dall'alto o conquistato dal basso »), le invenzioni della giurisprudenza e la loro capacità di 'governare' il mutamento, così come l'incidenza della guerra, dell'aumento esponenziale degli apparati pubblici e dell'associazionismo privato nel riconoscimento di una società civile sempre più com-

⁽⁹⁾ GALEOTTI, *In cerca del padre*, cit., pp. 223-251. Sulla storia della riproduzione artificiale dell'uomo, tra religione, morale e diritto, dai primi esperimenti settecenteschi fino agli sviluppi più recenti dell'ingegneria genetica, con particolare attenzione alla questione della riconoscibilità della figura paterna e alla realtà italiana si veda E. BETTA, *L'altra genesi: storia della fecondazione artificiale*, Roma, Carocci, 2012. Nel solco di ricerche maturate attraverso decenni, sul tema del processo riproduttivo è ritornata di recente anche N.M. FILIPPINI, *Generare, partorire, nascere. Una storia dall'antichità alla provetta*, Roma, Viella, 2017.

⁽¹⁰⁾ P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa. 1. Dalla civiltà comunale al Settecento*, Roma-Bari, Laterza, 1999, p. VIII.

plexa⁽¹¹⁾. Da ultimo poi, permette di aprire uno scorcio sulla più recente irruzione nel mondo del diritto della massa di bisogni, di aspettative e di ansie che contraddistingue le società occidentali contemporanee.

Con l'occasione della recente pubblicazione del numero di « Genesis. Rivista della società italiana delle storiche » dedicato appunto a « La ricerca della paternità. Responsabilità, diritti e affetti »⁽¹²⁾ — volume alla cui redazione hanno partecipato anche alcune delle studiose che tra le prime hanno portato alla soglia d'attenzione della letteratura storico-giuridica la questione e segnalato la sua profondità prospettica — attraverso la disciplina della ricerca giudiziale della paternità vorremmo seguire, almeno per alcuni tratti e senza alcuna presunzione di completezza, la lunga traccia che lega 'fatto' e 'responsabilità' della procreazione. Valorizzando il contributo scientifico dei singoli autori e in dialogo con le proposte interpretative ivi suggerite, proveremo ad accostarci a questo viluppo di norme e vissuto come a uno « spazio aperto » che permette di visitare « luoghi di esistenza »⁽¹³⁾ in cui si manifestano ad un tempo i valori ereditati dal passato, le paure e il desiderio di sicurezza da un lato, le utopie e le ideologie che premono invece verso il futuro.

2. *Il fatto della generazione tra natura e civitas: backward.*

Come scrivono Stefania Bartoloni e Daniela Lombardi, curatrici del volume: « la dimensione giuridica è fondamentale per comprendere il significato della ricerca di paternità e indagare non solo i conflitti posti dalla contemporaneità ma soprattutto le soluzioni individuate, fino al XX secolo, per rispondere all'angosciosa domanda 'chi è il padre?' »⁽¹⁴⁾.

⁽¹¹⁾ G. CAZZETTA, *Legge e stato sociale. Dalla legislazione operaia ai dilemmi del Welfare 'senza legge'*, in « Quaderni fiorentini », XLVI (2017), pp. 103-140.

⁽¹²⁾ Il fascicolo di « Genesis. Rivista della società italiana delle storiche », XVII (2018), 1, raccoglie sul tema l'*Introduzione* delle curatrici S. Bartoloni, D. Lombardi, pp. 5-14, e i contributi di G. ALESSI, *Diritti di sangue. I nuovi orizzonti della ricerca della paternità e della maternità*, pp. 15-38; F. REGGIANI, *Padri naturali fra tribunali civili e brefotrofi (Milano, 1816-1880)*, pp. 39-60; A. BORGIONE, *Un divieto a metà. Le indagini di paternità nella Torino risorgimentale (1838-1865)*, pp. 61-80; S. BARTOLONI, *Il movimento delle donne e la filiazione naturale nell'Italia liberale*, pp. 81-104; B. MONTESI, *Il diritto famigliare ai tempi della Grande Guerra*, pp. 105-122; A. SANTANTONIO, *Madri nubi e figli "illegittimi" in Marocco: pratiche discriminatorie e nuove forme di agency*, pp. 123-140.

⁽¹³⁾ F. MIGLIORINO, *Il corpo come testo. Storie del diritto*, Torino, Bollati Boringhieri, 2008, p. 10.

⁽¹⁴⁾ BARTOLONI, LOMBARDI, *Introduzione*, cit., p. 8.

In ragione degli inequivocabili segni della gestazione nel corpo femminile e della proverbiale certezza del parto, la ricerca della madre è stata governata secolarmente da un certo automatismo ‘fisiologico’ ed è stata « sempre considerata minor passo rispetto alla ricerca della paternità »⁽¹⁵⁾.

« Madre è quella femmina che ha data la nascita ad un figlio »: scriveva con bruta semplicità nella sua *Enciclopedia legale*, Francesco Foramiti, giurista dell’età della Restaurazione, annoverando l’appartenenza del lemma al *diritto naturale-civile*⁽¹⁶⁾. « Noi diremmo piuttosto: Madre è la donna che ha figli », lo corregge ormai nelle pagine dell’*Enciclopedia Giuridica Italiana*, nei primi anni del Novecento, l’avvocato Anton Giulio Fontanive quando, pur non disconoscendo il valore, anche euristico, del piano naturalistico, si trovava suo malgrado costretto a richiamare, in obbedienza alla più « radicale statizzazione del diritto privato » che contrassegna il suo tempo⁽¹⁷⁾, il necessario intervento del diritto positivo perché quei « diritti dell’umanità » a cui sembrava fare cenno il nome di madre potessero dirsi sul piano giuridico davvero esistenti (*id est*: riconosciuti, dichiarati e difesi attraverso una sanzione legale)⁽¹⁸⁾.

In realtà, già l’ingresso nel mondo moderno con la diffusione dei registri di nascita aveva dato prova di come fosse insufficiente l’assunzione ‘acritica’ del dato biologico femminile ai fini della determinazione della maternità⁽¹⁹⁾. Anche con riferimento alla donna si pose infatti il problema di verificare, attraverso una ricerca che si avvalsesse di testi-

⁽¹⁵⁾ C. ESPOSITO, *Famiglia e figli nella costituzione italiana*, in *Studi in onore di Antonino Cicu*, II, Milano, 1951, ora ripubblicato in *Sempre più uguali. I diritti successori del coniuge e dei figli naturali a 70 anni dal Codice civile*, a cura di G. Chiodi, Milano, Giuffrè, 2013, p. 238.

⁽¹⁶⁾ F. FORAMITI, *Madre (diritto naturale-civile)*, in *Enciclopedia legale, ovvero Lessico ragionato di gius naturale, civile, canonico, mercantile-cambiaro-marittimo, feudale, penale, pubblico-interno, e delle genti*, seconda edizione, tomo III, Venezia, Antonelli, 1842, p. 331. Su questo giurista e la sua *Enciclopedia* cfr. L. CASELLA, *Foramiti, Francesco*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani, (XII-XX secolo)*, vol. I, Bologna, il Mulino, 2013, pp. 886-887.

⁽¹⁷⁾ P. CAPPELLINI, *Alle porte d’Italia: unificazione nazionale e uniformazione giuridica*, in *Il Contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto*, Roma, Treccani, 2012, p. 267 e ss.

⁽¹⁸⁾ A.G. FONTANIVE, *Madre*, in *Enciclopedia Giuridica Italiana*, Milano, Società Editrice Libreria, vol. IX, part. II, 1904, pp. 430-431.

⁽¹⁹⁾ Su questo stile di governo della popolazione inaugurato dalle scritture parrocchiali (nascita e battesimi, matrimoni, morti e stati della popolazione) rese obbligatorie dal Concilio di Trento, cfr. *La “conta delle anime”: popolazioni e registri parrocchiali*, a cura di G. Coppola, C. Grandi, Bologna, il Mulino, 1989.

moni degni di fede, che fosse vera la circostanza ‘dichiarata’ del parto. In più, la ‘formalizzazione’ della maternità, se da una parte facilitava l’assegnazione di una supposta madre, nel caso di abbandono non escludeva di per sé il possibile oblio della genitrice.

Flores Reggiani indica il caso di Milano sotto il dominio austriaco e mostra come negli anni Ottanta del Settecento, in coincidenza con l’accesso del governo asburgico nell’organizzazione e nell’amministrazione delle opere pie, a dispetto delle consuetudini precedenti, che implicavano una più sicura identificazione della madre, uno stretto riserbo copriva ormai l’identità delle gravide, sia che fossero povere accolte negli istituti gratuitamente sia che fossero paganti.

Una simile situazione si protrae anche in una realtà come quella ottocentesca in cui i due codici, asburgico e italiano, pur nella loro diversità, rimangono « concordi nell’arrestarsi sulle soglie dei brefrotrofi » a guardia della libera consegna dei neonati ⁽²⁰⁾.

Nonostante la progressiva ricomprensione del diritto alla conoscenza delle proprie origini genetiche tra i diritti fondamentali della persona (e a fronte dunque di un accertamento della paternità fortemente rafforzato), anche ai nostri giorni, in un ben mutato scenario, continua a essere assicurato alle donne un ampio spazio di segreto in ordine a gravidanze e nascite e con esso, in un singolare ritorno a rimedi del passato, la possibilità di rifiutare di essere riconosciute come madri. Lo suggerisce Giorgia Alessi: le attuali previsioni intorno al parto anonimo — a giudizio della studiosa per alcuni aspetti discutibili nel « tempo storico delle identità e delle scelte ‘liquide’ », specie se pensate su un tratteggio modello « subalterno e pericoloso (vedi l’ossessione dell’infanticidio) di femminilità » — confermano perciò come anche sul versante muliebre « il concepimento non inauguri, di per sé, una storia di [...] maternità e filiazione »: al contrario, a contatto con la realtà empirica dei valori giuridici e con i (cangianti) giudizi d’opportunità

⁽²⁰⁾ REGGIANI, *Padri naturali*, cit., p. 50 e ss., in particolare qui citata p. 58. Su quanto questa strategia fosse considerata lecita e assecondata anche dalle istituzioni assistenziali pubbliche del Piemonte risorgimentale ritorna anche BORGIONE, *Un divieto a metà*, cit., p. 7. La Bartoloni fa comunque cogliere la mutevolezza e la contingenza di simili assetti, nonostante il dato normativo, laddove ricorda come la chiusura fin dagli anni '70 dell'Ottocento delle ruote in gran parte dell'Italia centrosettentrionale finì con l'indebolire l'anonimato assicurato dall'art. 376 del nuovo codice unitario, BARTOLONI, *Il movimento delle donne*, cit., pp. 93-94. Sul contraddittorio regime normativo del codice Pisanelli che garantiva l'anonimato della madre e del padre che esponevano un figlio, sebbene permettesse le indagini sulla maternità e proibisse quelle sulla paternità si veda anche MONTESI, *Il diritto famigliare*, cit., p. 107.

fatti propri da ciascun ordinamento, « segna un primo passo, talora l'unico, di un percorso dagli esiti imprevedibili e diversissimi » (21).

La « capacità di nascondimento dei padri » è però come detto ben più tradizionale dal momento che la procreazione per parte maschile è apparsa a lungo coperta da un « velo impenetrabile di mistero » (22). Sottratta all'osservazione naturalistica, è stata infatti tipicamente considerata e trattata come un evento non oggettivamente riconoscibile.

« Solamente el día diel juicio se sabrá de quién és el dinero, de quién son los sermones y de quién son los hijos » (23), l'antico adagio castigliano sembra quasi farsi scherno di quanti in passato, senza placare i loro dubbi sulle apparenze, si sono ostinati a voler rischiarare paternità e filiazioni. In fin dei conti, quella dell'« autore dei propri giorni » era una faccenda avvertita da tutte le generazioni la cui accertabilità però — era ragionevole credere — sarebbe arrivata solo alla fine dei tempi.

Per purgare le ombre e mettere a tacere le ansie, per secoli ci si è accontentati di gradi di probabilità e soprattutto della finzione giuridica. Di fronte a un fenomeno così completamente occulto, almeno sino alla « rivoluzione del DNA » (24), è stato infatti il diritto che, « radunate sempre nuove valutazioni e nuove verosimiglianze » (25), e modellando l'immaginario sociale e le pratiche che ne derivano, ha consegnato lo status di padre e quello di figlio, e ha attribuito all'uomo obblighi nei confronti di un suo 'presunto' generato.

Tanto per offrire un solido fondamento a delle relazioni basate sulla struttura potestativa della famiglia quanto per provvedere alle esigenze fondamentali di vita, si è operato attraverso un gioco serrato di inclusioni. I soggetti sono stati posizionati di volta in volta attraverso la logica dell'appartenenza ora al corpo 'politico', ora a una più universale formazione 'naturalmente umana'.

La relazione tra la disciplina del riconoscimento di un nato come figlio del padre e quella del 'fatto della generazione', ossia di quell'evento isolato e individuato dal diritto secondo criteri e finalità suoi

(21) ALESSI, *Diritti di sangue*, cit., pp. 15-38, in particolare qui citate rispettivamente pp. 19-20, 23, 15. Al saggio si rinvia anche per la ricostruzione storica del più recente inquadramento del diritto alla ricerca delle origini biologiche nella sfera dei diritti di rango costituzionale, in quanto essenziali per la realizzazione dell'identità personale e della difesa della salute.

(22) Ivi, p. 16.

(23) M. ALBALADEJO GARCÍA, *El reconocimiento de la filiación natural*, Barcelona, Bosch, 1954, p. 7.

(24) GALEOTTI, *In cerca del padre*, cit., p. 174 e ss.

(25) MIGLIORINO, *Il corpo come testo*, cit., p. 63.

propri al cui verificarsi è subordinata l'assunzione di una serie di doveri nei confronti del nato, se aiuta in tal senso a prendere atto della separazione nella storia del pensiero giuridico occidentale (che è poi dire dell'Europa occidentale) tra *civitas* e *natura* (intesa prevalentemente come speciale naturalità umana), permette altresì di osservare in atto la struttura dicotomica di tale opposizione e la persistente negoziazione tra queste due sfere che, attraverso variegate mitizzazioni e legittimazioni, sono state evocate come autenticamente giuridiche e strette tra loro da un obbligo di concordanze e parallelismi ⁽²⁶⁾.

Per linee essenziali, proviamo a chiarire meglio.

« Se l'uomo era sposato — si legge nell'introduzione del nostro fascicolo — non potevano esserci dubbi: fin dal diritto romano era considerato padre il marito della madre » ⁽²⁷⁾. L'attribuzione al nato dell'identità sociale attraverso lo status di figlio (legittimo, naturale, adulterino o incestuoso...), considerata la dimensione decisamente collettiva della vita familiare, ha seguito per secoli la qualificazione giuridica dell'unione sessuale tra i due genitori. In un'ottica di lungo periodo, è questo un dato che sembra strenuamente resistere. Un rapido sguardo alle più recenti riforme italiane testimonia infatti come anche oggi l'abolizione di ogni differenziazione in tema di filiazione rimanga comunque condizionata dal difficile processo di disgiunzione dei concetti di famiglia e matrimonio e/o dal riconoscimento legale di distinti modelli familiari ⁽²⁸⁾. Continua a non essere decisivo dunque che la domanda di parificazione miri a tutelare la condizione giuridica del figlio come valore a se stante ed esprima, più in generale, un contesto in cui è « la qualità del legame interpersonale a essere percepita come l'elemento fondamentale di un'unione » ⁽²⁹⁾ e in cui le scelte individuali sono sempre più affrancate dal controllo normativo.

In presenza di un matrimonio, in ragione della speciale dignità

⁽²⁶⁾ Sul problema della definizione dell'umano attraverso la relazione storica tra natura (caratterizzata da un *quid proprium* umano) e la sottoposizione alla dimensione del politico sono estremamente interessanti le osservazioni di A.S. BRETT, *Changes of State. Nature and the Limits of the City in Early Modern Natural Law*, Princeton, Princeton University Press, 2011, p. 5 e ss.

⁽²⁷⁾ BARTOLONI, LOMBARDI, *Introduzione*, cit., p. 8.

⁽²⁸⁾ Sulle persistenti differenze tra i modi di costituzione della filiazione nel matrimonio e fuori dal matrimonio e tra le rispettive azioni di stato si veda anche U. SALANITRO, *La riforma della disciplina della filiazione dopo l'esercizio della delega (II parte)*, in « Corriere giuridico: Mensile di giurisprudenza civile, legislazione e opinioni », 2014, 5, pp. 675-684; E. CARBONE, *La presunzione di paternità nel tempo presente* in « Giustizia civile: Rivista giuridica trimestrale », 2017, 1, pp. 67-91.

⁽²⁹⁾ D. LOMBARDI, *Storia del matrimonio. Dal medioevo a oggi*, Bologna, il Mulino, 2008, p. 12.

‘comunitaria e istituzionale’ che gli è stata storicamente riservata, ancorché su presupposti di volta in volta differenti, « norme di lunghissima durata » hanno « preservato il valore della certezza attraverso la presunzione di paternità », dichiarando legalmente padre il marito della donna ⁽³⁰⁾. Al nato, per tale via inserito in un preciso ordine domestico e sociale, sotto il nome paterno e la sua ingombrante e vischiosa potestà, vennero così riconosciuti anche i preziosi diritti successori. Insistendo sulla formalità del vincolo coniugale sorto dallo scambio del consenso tra i partner, facendo operare la deduzione legale della fedeltà muliebre e valorizzando il ruolo del *pater familias*, via via che si è facilitata tra medioevo ed età moderna l’identificazione delle nozze con un evento puntuale e solenne e che si è esercitata una sempre più severa censura dei rapporti sessuali extramatrimoniali, è stato così segnato su basi eminentemente convenzionali il confine simbolico, emotivo, e patrimoniale tra figli legittimi e illegittimi ⁽³¹⁾.

La società di antico regime non pretendeva tuttavia di essere limpida e cristallina. Al contrario complessa e in gran parte fluida, percorsa come era da tante diverse preoccupazioni e motivazioni, anche con riguardo alle unioni contratte senza specifiche pubblicità e rispetto ai loro frutti si è mostrata piuttosto proteiforme ⁽³²⁾.

Per lungo tempo nel caso di relazioni che non fossero affette da eccessive differenziazioni sociali e a condizione che la donna fosse rappresentata come di irreprensibili costumi e potesse vantare la protezione della cerchia domestica, a difesa della verginità femminile e dell’onore familiare dunque, più che per garantire uno status adeguato al bambino, il matrimonio fu « l’esito perseguito sia dalle autorità ecclesiastiche sia da quelle secolari » ⁽³³⁾. In uno scenario segnato dalla sopravvivenza di una relativa tolleranza delle gravidanze seguite agli *acta sponsalium*, la pena prevista dal diritto canonico per il seduttore (sposare o dotare la ‘sedotta’ che avesse ceduto carnalmente alle sue

⁽³⁰⁾ ALESSI, *Diritti di sangue*, cit., p. 17.

⁽³¹⁾ Sulla storia dei ‘tempi’ di formazione della coppia e del matrimonio nelle società di antico regime e sul radicale impatto che ebbe l’imposizione a partire dal secolo XVI di una cerimonia pubblica e religiosa nella ricerca della certezza del vincolo nuziale e nel modo di percepire i rapporti sessuali prematrimoniali ci si limita a rimandare alle preziose ricerche di D. LOMBARDI, *Matrimoni di antico regime*, Bologna, il Mulino, 2001; EAD., *Storia del matrimonio*, cit.

⁽³²⁾ Sulla flessibilità e adattabilità della società di antico regime rispetto a costrutti familiari non convenzionali cfr. *Matrimoni in dubbio. Unioni controverse e nozze clandestine in Italia dal XIV al XVIII secolo*, a cura di S. Seidel Menchi, D. Quaglioni, Bologna, il Mulino, 2001; e degli stessi curatori il volume collettaneo già citato: *Trasgressioni. Seduzione, concubinato, adulterio, bigamia (XIV-XVIII secolo)*, cit.

⁽³³⁾ LOMBARDI, *Storia del matrimonio*, cit., p. 130.

lusinghe matrimoniali), e il corrispondente ricorso alla via giudiziaria, ammesso intorno alla metà del Cinquecento anche dinnanzi al foro temporale, in concorrenza o in supplezza della giustizia ecclesiastica⁽³⁴⁾, spinsero alle nozze e favorirono con ciò la più immediata conseguenza giuridica ovvero: togliere la macchia dei natali ai figli concepiti a seguito di rapporti irregolari assicurando loro un padre legittimo e, in un regime demografico che concedeva ai genitori una speranza di vita piuttosto ridotta, un ampio reticolo di parentele nel quale rifugiarsi⁽³⁵⁾.

L'obbedienza alla legge positiva non esclude però per secoli l'integrazione con altri livelli di legittimazione. Il discorso di fondazione giuridica si intesse profondamente nella trama della giustificazione pratico-fisica del 'potere', in particolare quando è messa a tema la riproduzione quale strategia vitale della specie umana contro il gioco imprevedibile della sorte. Nell'Europa cattolica di antico regime una simile architettura, nella sua relazionalità interna, raggiunge un livello di rara validità ed efficacia per la convinzione condivisa dell'esistenza di un ordine cosmico-razionale che, capace di imporsi da sé, si riflette beneficamente sui rapporti politico-sociali⁽³⁶⁾. Proteggere i corpi e le anime dei nati e dei non ancora nati, e ripartire i costi di mantenimento in termini di 'solidarietà' giuridica, senza minare troppo la stabilità e la compattezza delle famiglie né gravare eccessivamente sulla comunità, fu una preoccupazione che generazioni di giuristi provarono ad arginare attraverso la decodifica di questo comune sentire.

In una libera traduzione di formule giustinianee ed elementi germanici e con il cruciale ascolto dei principi cristiani, per assicurare la sopravvivenza del figlio al di fuori del nucleo familiare legittimo, sin dalla stagione medievale, si diede un ampio rilievo alla *maris et foeminae coniunctio*, al personalissimo legame di sangue (presunto per parte

(34) Sulle difficoltà della giustizia ecclesiastica dopo l'emanazione dei decreti tridentini che costringevano ad annullare unioni per le quali non erano state osservate le forme di celebrazione richieste e sulla conseguente ingerenza, almeno in una prima fase moderna, per supplezza del potere secolare cfr. *ivi*, p. 130 e ss.

(35) Quanto la richiesta di risarcimento del danno per seduzione con promessa di matrimonio sopravviva anche nella retorica e nella casistica giurisprudenziale dell'età della codificazione, anche per aggirare il divieto di ricerca della paternità, cfr. CAZZETTA, *Praesumitur seducta*, cit., p. 327 e ss. Con un focus specifico sul Piemonte albertino e risorgimentale, l'affidamento a questo sistema di tutele attraverso le cause civili ecclesiastiche, nonostante 'la svolta' dei secoli XVIII e XIX, è oggetto della ricerca di BORGIONE, *Un divieto a metà*, cit.

(36) Sulla civiltà tardo medievale e la sua «interpretazione di un ordine soggiacente» tra validità ed effettività si rimanda all'insegnamento di P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 1995.

maschile e considerato come fatto di per sé non produttivo di un vincolo di parentela), e alla situazione giuridica soggettiva derivante dall'atto della generazione.

Se per i nati in costanza di matrimonio è, come detto, sul padre/marito, indiscusso arbitro del destino familiare, che fu fatto gravare in via primaria il fatto della procreazione, per gli 'illegittimi', nonostante la riprovazione dell'unione dei genitori, si ammise, quanto meno ai fini del loro sostentamento — preoccupazione comune a poteri locali, corporazioni, e famiglie — che al dovere civico della madre naturale (originariamente la sola obbligata secondo le categorie del diritto civile) dovesse affiancarsi per diritto naturale (*de aequitate*) anche l'obbligazione del presunto autore del concepimento ⁽³⁷⁾.

In caso di gravidanza, per le nubili che non potevano contare su credibili aspettative di matrimonio, vennero così a operare nelle aule dei tribunali e nelle stanze dei vecchi e nuovi ricoveri per esposti e partorienti « ambigue » protezioni giuridiche ⁽³⁸⁾. Come rivela il confronto con la pratica delle *déclarations de grossesse* — restituito da alcuni dei contributi al volume ⁽³⁹⁾ — si trattò ad un tempo di assicurare che il parto giungesse a termine, al riparo dalla stessa iniziativa femminile tipicamente immaginata come sospetta e potenzialmente nefasta, e, in forza della dichiarazione della donna e di una libera raccolta di *praesumptiones, coniecturae, factique circumstantiae* di individuare un padre 'naturale' o almeno di responsabilizzare, mediante l'attribuzione

⁽³⁷⁾ Come è noto, per le fonti romanistiche il padre non era tenuto a prestare gli alimenti ai *vulgo quaesiti* e ai figli naturali non nati da « concubina unica et in domo ». Ad essi, sulla scorta delle previsioni giustinianee, dovevano pensare piuttosto la madre e gli ascendenti materni. *Iure civili*, nessuna tutela, anche da parte materna, era invece prevista per i figli incestuosi, adulterini, e sacrileghi (*ex incestuoso vel damnato coitu*). A correzione di queste ultime drastiche restrizioni, il diritto della Chiesa prevede *de aequitate canonica* l'obbligatorietà del dovere alimentare paterno. Su questa cruciale interpretazione dei canonisti, sulla rilevanza del collegamento tra il principio naturale della generazione e l'*aequitas* per l'enunciazione dell'obbligo alimentare, sulla sua recezione anche da parte della dottrina civilistica, nonché sulle residue diversità di impostazione fra diritto civile e diritto canonico è utilissimo rimandare a G.S. PENE VIDARI, *Ricerche sul diritto agli alimenti. I. L'obbligo 'ex lege' dei familiari nei giuristi dei secc. XII-XIV*, Torino, Giappichelli, 1972, p. 229 e ss.

⁽³⁸⁾ L'ambiguità di questa rete di protezione nel senso a seguire precisato è messa in risalto da ALESSI, *Diritti di sangue*, cit., p. 19 e ss.

⁽³⁹⁾ *Ibidem*; REGGIANI, *Padri naturali*, cit., p. 47 e ss. La vicenda emblematica delle *déclarations de grossesse* è stata di recente trattata anche da una delle curatrici del volume che scavando a fondo nelle risultanze documentarie ha posto l'accento sul diverso uso delle dichiarazioni da parte degli ospedali, delle autorità giudiziarie e delle donne protagoniste: LOMBARDI, *Les déclarations de grossesse*, cit., pp. 5-43.

provvisionale degli alimenti, il seduttore, debitore per eccellenza della prole nata fuori dal matrimonio.

Quale fosse in tale ultimo caso il fondamento del dovere di soccorso dell'uomo rimase in effetti, in una cronologia molto estesa, una questione controversa. Nel laboratorio giurisprudenziale di antico regime, le risposte al riguardo rendono conto degli intrecci tra le diverse culture giuridiche territoriali e la tradizione di diritto comune e offrono itinerari argomentativi che lasciano frastornati se li si percorre con le certezze moderne. Accanto all'orientamento maggioritario che guardava al dovere alimentare dell'uomo come a una diretta e immediata conseguenza della legge naturale quanto alla filiazione, ve ne erano di minori che lo ricollegavano direttamente alla presunzione della procreazione assunta come fatto naturale a se stante, non legata dunque né al diritto familiare né allo status personale, ma piuttosto produttiva di un rapporto obbligatorio volto ad assicurare, in ossequio a pragmatici calcoli e a un estremo realismo, l'esistenza degli illegittimi. Su tutte le ricostruzioni pesava poi la convinzione che la soggezione dell'uomo a simili doveri potesse trovare la sua cruciale ragione nell'unione delittuosa con una donna che non era la propria moglie (*stuprum* semplice): gli obblighi di un padre potevano perciò essere considerati una degna punizione del *concubente*.

Dall'opzione tra le diverse impostazioni discendevano importanti conseguenze sul piano pratico ⁽⁴⁰⁾. Come si documenta nei saggi proposti, la soluzione a favore dell'una o dell'altra tesi risultava ad esempio significativa per chi, citato in giudizio, avesse sollevato l'*exceptio plurium concubentium* ⁽⁴¹⁾. Se il fondamento del dovere alimentare fosse stato individuato nel rapporto di paternità, la prova del *congressus cum pluribus* avrebbe reso così incerto il concepimento maschile da dirigere la pretesa solamente contro la madre; muovendo invece dalla teoria del 'delitto all'incontro', i giudici avrebbero potuto esigere da tutti i presunti procreatori un risarcimento in solido.

Al di là dello schema topico scelto, la lettura del nostro volume ci induce soprattutto a sottolineare in questa sede uno dei più importanti esiti che ciascuna di queste strategie concorse a produrre. Messo da parte il nesso tra concepimento e famiglia legittima, ricondotto il fenomeno isolato della generazione a principi necessari propri di ogni convivenza umana (ovvero un diritto di natura pensato come derivante dapprincipio dalla natura della società umana e, più tardi, dalla natura dell'individuo e dagli impulsi che lo spingono all'azione), accettato e

⁽⁴⁰⁾ Su tali indirizzi e su queste celebri questioni protratte anche nella stagione dei codici cfr. TESTUZZA, *In difesa di chi*, cit., pp. 336-341.

⁽⁴¹⁾ REGGIANI, *Padri naturali*, cit., pp. 42-48. Sulla lunga sopravvivenza di questa eccezione, ALESSI, *Diritti di sangue*, cit., p. 30.

promosso il contestuale gioco della disuguaglianza tra uomo e donna e il rigore drastico dei ruoli sociali, attraverso questi rimedi, anche con riguardo agli illegittimi si consolida per secoli uno spazio di protagonismo maschile. Con la collaborazione della donna, relegata alla sua 'naturale' posizione di soggezione e bisogno, si configura però allo stesso tempo, accanto alla realtà sottaciuta della vita privata, anche « una sfera pubblica femminile che nella corte trova il suo epicentro e dove le pratiche di *patronage* e di mediazione e i poteri di tutela e reggenza danno luogo a uno stile di governo » (42).

3. ... and forward.

« Il riformismo settecentesco mise sotto attacco queste antiche prassi » (43). Col rifiutare che la 'caduta' della donna potesse trovare una spiegazione nelle presunzioni benevole di onestà, tanto ricorrenti nei processi, e riproponendo il problema della volontà muliebre libera (e colpevole) (44), la nuova cultura giuridica minò quella particolare « mediazione tra i due soggetti coinvolti nel concepimento », come la definisce bene Andrea Borgione (45), che la tradizione di antico-regime aveva perseguito e garantito con la composizione di diritto della *civitas* e diritto di *natura*.

Le idee rivoluzionarie, riverberandosi sui lavori parlamentari che precedettero e accompagnarono la grande riforma del diritto civile francese, sedimentarono i risultati di questo forte smottamento e costituiscono in tal senso lo « snodo cruciale » del mutamento (46). Come è noto, il *droit intermédiaire* migliorò la situazione degli illegittimi attraverso la loro equiparazione ai legittimi nella condizione di famiglia e nei

(42) G. CALVI, *Identità maschile. Calvi legge Arru*, in « Storica », 22 (2002), p. 215.

(43) BORGIONE, *Un divieto a metà*, cit., p. 61.

(44) Come questa mutata rappresentazione della volontà femminile non si accompagnò ad alcun reale cambiamento nella concezione dell'onore muliebre, e quanto la sua genesi sia piuttosto contraddittoria e tutt'altro che lineare, irriducibile alla mera affermazione del 'livellamento' posto a fondamento del sistema liberale perché già presente anche ai giuristi e ai teologi del passato, è ben spiegato da CAZZETTA, *Praesumitur seducta*, cit., p. 54 e ss. e da LOMBARDI, *Storia del matrimonio*, cit., p. 83 e ss. Se il primo mette in rilievo il contributo di un lungo percorso di analisi soggettive sempre più sofisticate già avviato nella stagione del tardo diritto comune, la seconda pone l'attenzione sull'impatto che le norme post-tridentine ebbero nell'inasprimento della considerazione giuridica e sociale dei rapporti sessuali prematrimoniali e nel rafforzamento del 'sospetto' nei confronti della donna nubile.

(45) BORGIONE, *Un divieto a metà*, cit., p. 78.

(46) BARTOLONI, LOMBARDI, *Introduzione*, cit., p. 10.

diritti successori, ma nel fare propria la contestazione dell'immagine della donna fragile e debole, meritevole per la sua ingenuità della protezione maschile e della accondiscendenza dei giudici, per non dare spazio a pretestuose e calunniöse accuse, limitò i nuovi diritti ai soli figli che potessero rivendicare una piena paternità confessata dal genitore medesimo.

« Sconfitte le utopie egalarie »⁽⁴⁷⁾, esaltata nel quadro del sistema liberale classico un'impostazione individualistica e volontaristica della paternità, fondata sostanzialmente sulla difesa della proprietà, e condivise le preoccupazioni per la presenza di una figura femminile impudicamente padrona del suo corpo e ricattatoria negli intenti, il *Code Civil des Français* seguì infine la spassionata freddezza di Napoleone (« La société, dit-il avec dureté, n'a pas intérêt à ce que des bâtards soient reconnus ») e spazzò via, ad eccezione del caso di ratto, l'azione di paternità (340 c.c.)⁽⁴⁸⁾.

Tra i paesi che recepirono il modello transalpino, il giovane Regno d'Italia è di certo interesse per il « rapporto ambivalente » che la sua codificazione e la sua scienza giuridica intrattennero « con il passato »⁽⁴⁹⁾. La sua vicenda 'nazionale' mostra le importanti tappe e trasformazioni della ricerca giudiziale della paternità in una stagione che è segnata dalla svolta epocale della 'legge statale certa' e insieme

(47) ALESSI, *Diritti di sangue*, cit., p. 20.

(48) Per gli anni convulsi che preludono e accompagnano la codificazione francese, sul celebre dibattito intorno alla regola del Favre (« Creditur virgini dicenti se ab aliquo cognitam, et ex eo pregnantem esse »), tradizionalmente allegata nelle aule di giustizia a favore delle sedotte, cfr. PH. SAGNAC, *La législation civile de la Révolution Française (1789-1804)*, Paris, 1898, rist. anast. Glashütten, 1971, in particolare pp. 316-324; 356-362; M. GARAUD, R. SZRAMKIEWICS, *La révolution française et la famille*, Paris, 1978, pp. 109-130; S. SOLIMANO, *Verso il Code Napoléon. Il progetto di Codice civile di Guy Jean-Baptiste Target (1798-1799)*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 325-328; J. MULLIEZ, *La désignation du père*, in *Histoire des pères et de la paternité*, a cura di J. Delumeau, D. Roche, Paris, Larousse, 2000, p. 53-72; R.G. FUCHS, *Contested Paternity: Constructing Families in Modern France*, Baltimore, The Johns Hopkins University Press, 2008; S. DESAN, « *Qu'est-ce qui fait un père?* » *Illégitimité et paternité de l'an II au Code civil*, in « *Annales. Histoire, Sciences Sociales* », 57 (2002), 4, pp. 935-964. Con una specifica attenzione al confronto tra la situazione francese e gli sviluppi italiani, si veda CAZZETTA, *Praesumitur seducta*, cit., pp. 146-325.

(49) Su questa « caratteristica della retorica di fondazione del codice [...] particolarmente presente nel discorso dei giuristi italiani » cfr. G. CAZZETTA, *Codice civile e identità giuridica nazionale. Percorsi e appunti per una storia delle codificazioni moderne*, ediz. ampliata, Torino, Giappichelli, 2018, qui in nota citata p. 2. Sul 'lunghissimo Ottocento' italiano del diritto di famiglia P. PASSANITI, *Diritto di famiglia e ordine sociale: il percorso storico della "società coniugale" in Italia*, Milano, Giuffrè, 2011.

« dalla progressiva consumazione delle radici giusnaturalistiche su cui si basavano l'antropologia individualistica e la configurazione ideale del nuovo Stato »⁽⁵⁰⁾. Sul tema, tuttavia, tra le pieghe del disegno innovatore, i ragionamenti dei suoi interpreti, e le richieste di riforma, il caso italiano mette di fronte anche a 'una lunga durata' che, quando si tratta di fondare responsabilità, oneri e doveri nei confronti dei generati e di confrontarsi con la questione prima ed assoluta dell'esistenza, conosce fenomeni altalenanti ed è contrassegnata dalla comparsa, scomparsa, e 'occasionale' reinvenzione della consueta dialettica tra le due forme giuridiche di socialità (*natura e civitas*).

Nel 1865 anche il codice Pisanelli al termine di un infiammato dibattito adottò la proibizione delle indagini paterne, ammettendo per l'uomo, con riferimento alla procreazione fuori dalla famiglia legittima, il solo riconoscimento spontaneo della filiazione attraverso atto autentico. Il divieto dell'art. 189 c.c. fu inserito tuttavia in una disciplina che, pur uniformandosi alle scelte napoleoniche, si discostava da queste perché nata dalla non facile sottoposizione a un regime unitario di esperienze regionali non omogenee⁽⁵¹⁾.

Con l'aspirazione di coniugare progresso e tradizione (immaginata quale grande patrimonio giuridico genuinamente nazionale, ma ad un tempo anche come autentica espressione di una più universale civiltà giuridica⁽⁵²⁾), il legislatore italiano si sforzò di conciliare la 'sovrannità' del padre, la difesa della stabilità e del decoro della famiglia legittima e la solidità del suo patrimonio e del suo sistema successorio (liberati dai vincoli e dai privilegi dei lignaggi e piegati adesso alle esigenze borghesi), con la propensione più favorevole operante in gran parte della penisola in età preunitaria nei confronti della prole concepita fuori dal matrimonio, specialmente quella riconosciuta.

In un mosaico di diritti patri, vi era la giurisprudenza delle Rote che aveva infatti abituato all'idea di un'azione giudiziaria che permettesse sia di ottenere una piena dichiarazione giudiziale di paternità naturale (nel caso della rigorosa dimostrazione dell'*arcta ventris custodia*, o del concorso delle tre circostanze — *nomen, tractatus, fama* — comprovanti il possesso di stato di figlio naturale), sia in presenza di

(50) CAPPELLINI, *Alle porte d'Italia*, cit.

(51) Già il dettato dell'articolo italiano (« Le indagini sulla paternità non sono ammesse fuorché nei casi di ratto o stupro violento, quando il tempo di essi corrisponda a quello del concepimento ») si discostò dal modello legislativo francese ricomprendendo nell'eccezione il caso di stupro violento, esplicitamente contemplato dal codice piemontese (art. 185 Cod. Sard.).

(52) Su quanto la retorica della tradizione nazionale italiana quale fondamento autoritativo del codice non fosse estranea ad assolutezze giusnaturalistiche e tensioni universalistiche CAZZETTA, *Codice civile e identità giuridica nazionale*, cit., *passim*.

prove meno forti, tra cui ricomprendere anche la parola della madre, la concessione dei soli alimenti. Nei territori del Lombardo Veneto era viva poi l'esperienza del Codice civile generale austriaco (§ 163 e § 1328) che, non senza provocare diffidenze, aveva posto le spese di allevamento dei neonati a carico dell'uomo che avesse sedotto o avuto 'commercio carnale' con la madre nel periodo legale del concepimento, facendo operare dunque per questi casi una logica inferenziale ('l'uomo si presume padre') piuttosto che attributiva ('l'uomo è padre')⁽⁵³⁾. Il ricordo del contesto legale e sociale della Restaurazione era poi arricchito anche dalle riforme legislative dell'età albertina nel Regno di Sardegna. Il codice civile sabaudo, largamente mutuato dal *code Napoléon*, aveva proibito espressamente le ricerche di paternità, ma, nel proposito di mediare con la tradizione cattolica e per escludere uno scontro politico con il papato, aveva conservato la competenza dei tribunali ecclesiastici sulle cause per sponsali, e previsto una disciplina meno severa rispetto al modello d'Oltralpe, ammettendo la possibilità sia di un compiuto riconoscimento giudiziale oltre che nel caso di ratto e di stupro, anche nell'ipotesi di una confessione scritta o quando fosse risultata la prestazione di cure 'paterne', sia di un'azione ai soli effetti alimentari⁽⁵⁴⁾.

Con alle spalle una simile costellazione, non stupisce perciò che la normativa unitaria in tema di ricerca della paternità presentasse, sulla linea di sostegno delle 'novità', sbavature e contraddizioni.

La legislazione italiana, infatti, in un difficile gioco di sovrapposizioni nato dalle « scelte politiche della classe dirigente liberale moderata »⁽⁵⁵⁾, da una parte assegnò al figlio naturale, nel suo astratto interesse, un preciso *status familiae*, attribuendogli in modo esplicito, qualora spontaneamente riconosciuto dal padre, tanto il diritto di essere da lui mantenuto, educato, istruito, avviato a una professione o a un'arte, assistito in caso di bisogno, quanto di beneficiare di una quota nella sua successione legittima e di una riserva in quella testamentaria⁽⁵⁶⁾. Dall'altra però, nel caso di una paternità rifiutata dall'uomo, gli negò sia di procedere giudizialmente contro il genitore per farsi attri-

(53) Su questo modello si sofferma REGGIANI, *Padri naturali*, cit., qui in particolare p. 41. Le interessanti questioni di conflitto di leggi nel tempo che queste previsioni provocarono nel periodo unitario sono state studiate da VALSECCHI, *La ricerca della paternità deve essere ammessa*, cit.

(54) BORGIONE, *Un divieto a metà*, cit.

(55) CAZZETTA, *Codice civile e identità giuridica nazionale*, cit., p. 24.

(56) Su quanto il codice Pisanelli sotto il profilo della disciplina dei diritti successori, superando le previsioni dei codici preesistenti, rappresentò una « tappa di progresso sulla strada ancora lunga della uguaglianza », cfr. G. CHIODI, *Presentazione a Sempre più uguali*, cit., pp. I-XII.

buire la filiazione ⁽⁵⁷⁾, sia — almeno secondo la lettera del disposto normativo (art. 193 c.c.) — di potersi giovare della tradizionale azione alimentare che invece adesso era espressamente accordata solo alla prole adulterina e incestuosa, stante la « maledizione implacabile » — come scriverà Luigi Mengoni ⁽⁵⁸⁾ — della sua irricognoscibilità giudiziale o volontaria e della assoluta incapacità di ricevere per donazione e testamento.

Già negli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore del codice, un insieme variegato di voci si levò come aperta sfida a queste previsioni.

« L'uomo che genera è responsabile del fatto proprio. Le indagini sulla paternità e sulla maternità saranno accolte con le norme della procedura ordinaria »: così secondo Salvatore Morelli avrebbe dovuto recitare, contro la nequizia del genitore e la sua impudente ostentazione di disprezzo verso leggi morali, il nuovo art. 189 ⁽⁵⁹⁾. Il deputato pugliese negli anni Settanta dell'Ottocento fu tra i primi a impegnarsi « a trasferire sul terreno parlamentare le istanze che emergevano da gruppi ristretti dell'opinione pubblica democratica, maschile e femminile » ⁽⁶⁰⁾ e a chiedere l'abolizione del divieto di ricerca paterna. La proposta portata avanti nelle aule legislative senza esito, era stata preceduta, nei suoi scritti risalenti a qualche tempo prima, dall'accesa critica contro le « fittizie condizioni di stato » nella filiazione, ma soprattutto dall'auspicio di un riordino « secondo le norme di natura [de]i titoli dell'esistenza derivanti non dal capriccio, ma dal processo della generazione » ⁽⁶¹⁾. Negli stessi anni, anche la pioniera del femminismo italiano, Anna Maria Mozzoni, denunciando i dolori e le sventure che si riproducevano ogni giorno « nella famiglia umana », aveva fatto leva su una simile strategia argomentativa. Nel chiedere di « lasciare aperto l'adito, in nome della natura e dell'umanità, ai giustissimi reclami d'una famiglia abbandonata », l'attivista attaccava aspramente la proibizione dell'investigazione paterna e lo faceva in ragione dell'arbitraria licenza che un « codice manutengolo » dava a un « uomo depravato » di affamare « una famiglia da lui creata, declinando snaturatamente la

⁽⁵⁷⁾ Sull'attribuzione legislativa ai figli naturali di diritti 'illogicamente' privati di azione, rilevata già in sede di lavori preparatori, cfr. CAZZETTA, *Praesumitur seducta*, cit., pp. 293-296.

⁽⁵⁸⁾ L. MENGONI, *La filiazione naturale*, in « Jus », 1974 ora in *Sempre più uguali*, cit., p. 282.

⁽⁵⁹⁾ *Progetto Morelli presentato alla Camera dei deputati il 14 giugno 1875*, in *Atti parlam., 1875*, citati in V. MORI, *L'azione di paternità naturale. Studi di diritto comparato*, Milano, Società Editrice Libreria, 1903, p. 141.

⁽⁶⁰⁾ BARTOLONI, *Il movimento delle donne*, cit., p. 85.

⁽⁶¹⁾ S. MORELLI, *La donna e la scienza, o La soluzione dell'umano problema*, Napoli, Stab. tip. dell'Ancora, 1862, p. 147.

responsabilità, che ogni ragione ed ogni legge assegnano ad ognuno, pel fatto suo » (62).

Il dibattito dottrinale e la casistica giudiziaria che si sviluppa contestualmente a queste più radicali posizioni, mostra però quanto, seppur da diversa sponda, anche la civilistica post-unitaria — ben prima di essere direttamente coinvolta nella multiforme richiesta di riforme legislative degli anni Ottanta e Novanta, in un mutato clima di denuncia dell'insufficienza dei contenuti del codice di fronte alle trasformazioni sociali — avesse offerto con esiti conservativi, ma su basi per alcuni versi analoghe a quelle di questi primi detrattori, il suo composto sostegno alla rimozione dell'ostacolo della proibizione delle indagini paterne.

Tornando a considerare la tormentata relazione tra i principi immutabili, incontrovertibili e universali che governano la generazione e le scelte del legislatore nazionale, la giustizia del Regno d'Italia raggiunse infatti da subito un compromesso con la paternità che il nuovo ordine civile codificato voleva rimanesse nascosta e segreta nel caso di silenzio dell'uomo, e ottenne, in certi casi, di sottoporla a giudizio.

La via percorsa, sotto la sostanziale tenuta del dettato legislativo, ma mobilitando di fondo le certezze giusnaturalistiche, fu quella di interpretare il diritto alimentare della prole adulterina e incestuosa come diritto attribuito a tutti i riconoscibili non riconosciuti.

Senza abbandonare « la preoccupazione di non apparire permisivi in tema di sessualità femminile, giustificando comportamenti ritenuti licenziosi » (63), si fece strada la soluzione cauta e prudente della tradizione: il legame occulto della procreazione non doveva essere disvelato per ricercare un padre, ma, con la prova di una congettura probabile, poteva essere reso pubblico al solo scopo di nutrire la prole.

Troppo importante risultava del resto anche agli occhi di questi fedeli intrepidi dare forza esecutiva all'obbligazione naturale contratta dall'uomo per il fatto della generazione, anche se nella ricerca di questa tutela essi avevano scorto soprattutto la garanzia della legittimità della conservazione dell'ordinamento vigente, e non un insostituibile sprone a modificare — in modo più o meno drastico — le esistenti previsioni (64).

(62) A.M. MOZZONI, *La donna in faccia al progetto del nuovo codice civile italiano*, Milano, Tip. Sociale, 1865, pp. 24-25. Su questi interventi degli anni in cui il codice unitario è ancora in preparazione o appena entrato in vigore pone l'attenzione BARTOLONI, *Il movimento delle donne*, cit., pp. 82-87.

(63) BARTOLONI, *Il movimento delle donne*, cit., p. 88.

(64) Sul dibattito che precede e accompagna l'adozione di questa soluzione volta a fornire un'alternativa al mancato riconoscimento con atto autentico della paternità, si rimanda a TESTUZZA, *In difesa di chi*, cit., p. 341 e ss.

4. « *Sotto l'impulso irresistibile di nuovi bisogni* ».

La mobilitazione per la revisione del codice civile italiano di filantropi, politici e uomini di legge, con il contributo decisivo delle associazioni femminili — lo si coglie appieno nell'articolo di Stefania Bartoloni ⁽⁶⁵⁾ — incrociando sin dall'indomani della promulgazione della legislazione nazionale la richiesta di eguaglianza civile e politica, ebbe il merito di indicare « al liberalismo dei diritti la strada delle riforme dal basso » ⁽⁶⁶⁾ e di radicare un dibattito che, a diverse riprese e su più fronti, ha occupato l'arco di un secolo e ha scandito le tappe di un paese in rapido mutamento.

La campagna contro la proibizione delle investigazioni paterne negli ultimi decenni dell'Ottocento evidenzia però anche quanto la ricerca di una più precisa soluzione della questione e la conseguente ridefinizione del tema non intercettassero in realtà appieno « le traiettorie e i tempi di sviluppo della partecipazione politica », e non mirassero nel complesso a far saltare i tradizionali rapporti d'autorità nella sfera privata, ma perseguissero piuttosto interessi che ancorché nuovi non si discostavano troppo da quelli consolidati ⁽⁶⁷⁾.

In questo scorcio di secolo, colpisce la giustapposizione, in un avvicendamento di perdite e vittorie, tra la corrente di pensiero classico, che ribadiva il ruolo dominante del padre e del marito, e la necessità della tutela del patrimonio, della stabilità e del decoro delle famiglie legittime benestanti, e quella più moderna che, nel segno della laicità e del progresso, auspicava un legislatore capace di correggere la sorte di tanti bambini e donne 'del popolo'.

La difesa della proibizione poggiava sui fondamenti e sulle illusioni dell'ordine borghese e liberale, ma entrava adesso in collisione, oltre che con l'avanzata delle rivendicazioni emancipazioniste ed egalarie, con una serie di ostacoli che le profonde trasformazioni del contesto socio-politico italiano stavano producendo pur nelle molte fratture interne della realtà nazionale.

La posta in gioco era altissima. Da una parte, si avvertiva l'urgenza di controllare il crescente proletariato urbano. Agli occhi dell'élite dirigente, allarmata sempre più dai dati della nuova statistica

⁽⁶⁵⁾ BARTOLONI, *Il movimento delle donne*, cit.

⁽⁶⁶⁾ Ivi, p. 91.

⁽⁶⁷⁾ Sul rischio di mistificare nell'esperienza formatrice dello Stato moderno il ruolo di « élites modernizzatrici che articolano la domanda e le esigenze delle masse o di ceti comunque assai larghi e combattono i residui dei detentori tradizionali di potere allo scopo di dare soddisfazione a quelle esigenze stesse » si vedano le osservazioni di P. CAPPELLINI, *Privato e pubblico*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXV, Milano, 1986 (ora anche in ID., *Storia del diritto moderno*, Milano, Giuffrè, 2003), pp. 660-687, in particolare qui citata p. 663.

criminale e dagli studi di popolazionistica e di medicina legale, non era possibile sfuggire al confronto con il problema di questa massa informe, afflitta, sul modello delle malattie contagiose, da una falange numerosissima di oziosi, vagabondi, mendicanti, giovani donne sedotte, prostitute, minori illegittimi e delinquenti, genitori scellerati. Dall'altra, sotto la pressione delle medesime esigenze di tutela dell'ordine pubblico, occorreva presiedere alla faticosa costruzione delle strutture giuridico-amministrative del nuovo Stato e guidare, attraverso una potente operazione di ripensamento della relazione individuo / pubblico-sociale, il passaggio da più antiche forme di beneficenza legale di tipo privatistico e caritativo a un nuovo modello di assistenza pubblica ⁽⁶⁸⁾.

Considerata l'incandescenza delle nuove questioni, era perciò ormai difficile anche per i più prudenti giuristi continuare a vedere nel rifiuto del padre solo un'intangibile prerogativa individuale, un'autonomia scelta personale da garantire e difendere alla luce dell'utilità di un interesse generale liberalisticamente inteso. Seppure con qualche remora, divenne più comune riconoscere in esso una minaccia per il corpo sociale, una libertà che per evitare un costo economico e morale gravosissimo per la Società andava in effetti limitata e regolata dallo Stato.

Il quadro dei rilievi e delle proposte di riforma di questi anni, concentrando insieme schemi e mentalità consolidati e tensioni novatrici (in una grande varietà di accenti e argomentazioni), permette di guardare, in modo paradigmatico, all'Italia come a un terreno di sperimentazioni. Sul tema, con ricchezza di chiaroscuri, riproduce l'ambiziosa aspirazione a ritagliare una forma istituzionale e politica capace di contenere il magma vitale di una società in ebollizione attraverso la dialettica tra sapere e potere e tra individuo e Stato. Lo sguardo può però spingersi a cogliere nel crepuscolo di questi equilibri anche l'annuncio di una nuova aurora.

Nell'impossibilità di illustrare i tanti particolari di un simile affresco, può essere utile in questa sede soffermarsi solo su alcuni suoi dettagli che, nei loro tratti essenziali, appaiono 'esemplari'.

In occasione del III Congresso giuridico nazionale (1891), l'assise corale della avvocatura italiana, convenuta a Firenze, vota per un'urgente riforma legislativa che ammetta la ricerca della paternità nei casi di dichiarazione scritta dal padre, di inequivocabile trattamento paterno

⁽⁶⁸⁾ Sulla lunga vicenda della mutevole configurazione della partizione-separazione privato/pubblico e sulle sue relazioni con la formazione storica del cosiddetto stato moderno, ci si limita a richiamare il quadro di sintesi di CAPPELLINI, *Privato e pubblico*, cit.

verso il figlio, di matrimonio nullo, di convivenza *more uxorio* e di 'fecondazione' con seduzione della donna ⁽⁶⁹⁾.

« Sotto l'impulso irresistibile di nuovi bisogni » ⁽⁷⁰⁾, per colmare il divario tra ordinamento e nuove situazioni sociali e dare ascolto 'alla vita' e 'alla lotta per l'esistenza', anche i rappresentanti del foro, molti dei quali legati all'Accademia, attenti alle prime avvisaglie della difesa sociale, avvertendo le difficoltà di un compiuto intervento sull'assistenza agli esposti e all'infanzia abbandonata, e non trascurando la minaccia sotterranea della pretesa di una netta e generale obbligazione alimentare a carico dello Stato, danno dunque appoggio alla riforma. Nel merito, rivendicano il sistema della paternità naturale e, nel chiedere di dare spazio ad alcuni mezzi di prova che rendano plausibile la procreazione, rimarcano la precedenza del ruolo dell'individuo, responsabile dei fatti propri, e il primato delle forme di solidarietà *iure sanguinis*. Riavvolgendo il nastro della storia, per fondare il dovere di assistenza e di soccorso del genitore e obbligare all'adempimento l'uomo, non esitano, tra l'altro, a recuperare, senza volerla necessariamente fare ricadere nelle maglie del penale, la condanna della seduzione e i tradizionali riferimenti all'inesperienza femminile e al miraggio del matrimonio ⁽⁷¹⁾.

La progressiva attrazione della generazione o meglio dello *ius procreationis* nell'orbita dello Stato non si tradusse però solo nell'invocare la necessità che il « peso della paternità » diventasse, nell'orizzonte della positivizzazione, un dato non più controvertibile, al fine di rimettere, in via primaria secondo il canone gerarchico liberale, alla

⁽⁶⁹⁾ Sul tema si distinguono gli interventi e le proposte di O. Regnoli, R. Garofolo, T. Bonacci, M. Muratori, V. Luciani, P. Cogliolo, A. Mazzoleni, M. Diena, U. Sorani. Per il testo del 'nuovo' art. 189, sottoposto all'esame dell'assemblea, cfr. C. DE BENEDETTI, *Atti del III Congresso Giuridico Nazionale tenutosi in Firenze l'anno 1891 pubblicato per incarico della Commissione esecutiva dall'Avv. Camillo de Benedetti, direttore della Cassazione Unica*, Torino, 1897, pp. 32-50; 210-233.

⁽⁷⁰⁾ Utilizziamo qui le parole di Enrico Cimbali, che qualche anno prima non si era tuttavia limitato a reclamare « qualche lieve modificazione di forma e di dettato », ma aveva invocato « una riforma ed un mutamento profondamente radicale in tutto l'organismo e la struttura del Codice civile imperante ». E. CIMBALI, *La nuova fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali con proposte di riforma della legislazione civile vigente*, Torino, Unione tipografico-editrice, 1885, p. 5, 10.

⁽⁷¹⁾ Sul III Congresso giuridico nazionale, la formulazione negli stessi mesi del disegno di legge del giurista Emanuele Gianturco, e su quanto l'inserimento della seduzione stesse a cuore anche al movimento femminista cfr. BARTOLONI, *Il movimento delle donne*, cit., pp. 88-89, p. 95 e ss.

« individualità non [...] coperta dal collettivismo » (72) le responsabilità di cura dei nati, destinati diversamente a rimanere « orfani con genitori vivi » (73).

Raccogliendo altre testimonianze, si scorgono anche nuove opportunità di percorso e, nella ricerca di migliori tecniche di integrazione sociale, aspettative più totalizzanti (74).

Con il proposito di « determinare, in base a principii scientifici, la natura e i limiti del diritto di procreazione, in rapporto all'interesse sociale, all'interesse dei genitori e quello dei figli », nel 1898, un giovane giurista, Valerio Campogrande, nell'intitolare il suo saggio monografico sceglie un'equivoca espressione: « Procreazione e 'jus in se ipsum' » (75).

Da « culture della morale sociale, positiva » — come lo stesso si professa — non intende solo « fissare con precisione la questione del rapporto tra la popolazione e i mezzi d'esistenza » (76) e indagare quanto il moderno « disagio sociale » — comune a tutte le « classi diseredate », proletariato operaio e « proletario borghese (mi si conceda l'espressione) » — trovi una delle sue cause, oltre che nella cattiva ripartizione delle ricchezze, nell'« imprevidenza delle classi lavoratrici » e nel loro abbandono a una proliferazione irrefrenata e sproporzionata (77). Intrecciando il dato giuridico con l'aspetto sociologico, biologico, economico e morale, si prefigge soprattutto di studiare il fenomeno della procreazione secondo un punto di vista per più versi originale, allo scopo di individuare una valvola di sicurezza che regoli questa 'esuberante vitalità' così influente « sulla floridezza e sulla potenza dello Stato » (78).

Col denunciare i mali di coloro che a causa dell'« abuso della

(72) MORI, *L'azione di paternità naturale. Studi di diritto comparato*, cit., pp. 78-79.

(73) Per la citazione cfr. BARTOLONI, *Il movimento delle donne*, cit., p. 98.

(74) Sulla comparsa nella cultura politico-giuridica ottocentesca di un ventaglio di posizioni favorevoli a forme più integrali di politicizzazione (e statalizzazione) dei rapporti sociali contro i « cattivi estremi dell'individualismo e del collettivismo » e sul loro trapianto nel nuovo clima ideologico del Novecento cfr. P. COSTA, *Lo 'Stato totalitario': un campo semantico nella giuspubblicistica del fascismo*, in « Quaderni fiorentini », XXVIII (1999), pp. 61-174.

(75) V. CAMPOGRANDE, *Procreazione e "jus in se ipsum"*, Bologna, Stab. Tip. Zamorani e Albertazzi, 1898, p. 7. Per alcuni dati biografici su Valerio Campogrande cfr. M. CARAVALE, *Una incerta idea. Stato di diritto e diritti di libertà nel pensiero italiano tra età liberale e fascismo*, Bologna, il Mulino, 2016, p. 150.

(76) CAMPOGRANDE, *Procreazione*, p. 10.

(77) Ivi, p. 136.

(78) Ivi, p. 11.

forza procreatrice » mancavano di mezzi materiali e morali, nel rivendicare contro le dottrine socialiste la necessità di assicurare un solido appoggio a « quel complesso di diritti e di doveri correlativi tra genitori e figli che costituisce il vero legame familiare », e per esorcizzare altresì il rischio di « un individualismo più grave di quello oggi esistente », il giurista livornese richiedeva allo Stato un'azione unitaria e un potere di coazione volti a responsabilizzare il procreatore e la famiglia (« in luogo di attendere tutto dalla società ») ⁽⁷⁹⁾. A sostegno di ciò, non si soffermava però come altri sul superamento della proibizione dell'investigazione paterna, ma allargava piuttosto il campo delle ricerche al problema della libertà matrimoniale e della limitazione « giusta e volontaria » delle nascite ⁽⁸⁰⁾. Con questo specifico focus, la responsabilità della « genesi » e prima ancora la facoltà « di propagare o no la specie » erano posti in questione in modo nuovo. Nella rappresentazione di questi temi veniva infatti messo a profitto un principio « acquisito alla scienza del diritto di recente, e [...] à tuttora bisogno di essere dimostrato »: « il *Jus in se ipsum* » ⁽⁸¹⁾.

Valerio Campogrande era già da qualche anno osservatore attento del dibattito intorno ai diritti sulla propria persona, dibattito che, fiorito a partire dal terzo decennio dell'Ottocento nella riflessione della scienza germanica, si era più di recente aperto al contributo della dottrina italiana ⁽⁸²⁾. Non interessa qui dare spazio alla costruzione di questa teorica che preannuncia, tra l'altro, la ribalta di cui godrà la corporeità umana nell'esperienza giuridica contemporanea, né illustrare la sua pratica applicazione in ordine alle specifiche questioni sollevate dal giurista ⁽⁸³⁾, preme solo rilevare quanto in queste pagine si possano scorgere anche rispetto al fatto generativo il tramonto della lettura

⁽⁷⁹⁾ Ivi, p. 177.

⁽⁸⁰⁾ Ivi, p. 179.

⁽⁸¹⁾ Ivi, p. 12.

⁽⁸²⁾ In un precedente contributo pubblicato in due riprese nelle pagine dell'« Antologia giuridica », il giurista aveva già affrontato, nel quadro del nuovo studio 'sistematico' dei diritti della persona, il tema del contenuto e della « oscura » natura dello *jus in se ipsum* e della disponibilità del corpo, quale oggetto di diritti (pubblici o privati), cfr. V. CAMPOGRANDE, *I diritti sulla propria persona*, in « Antologia giuridica », IX (1896), 2, pp. 65-88; ivi, IX (1896), 3, pp. 155-185. Su questo dibattito che recupera e reinventa anche la raffinata dialettica tardoscolastica sul *dominium sui* ci si permette di rimandare alle ricerche già svolte in M.S. TESTUZZA, «*Ius corporis, quasi ius de corpore disponendi*». *Il Tractatus de potestate in se ipsum di Baltasar Gómez de Amescúa*, Milano, Giuffrè, 2016, pp. 351-354.

⁽⁸³⁾ Il giurista in particolare approfondisce nel capo IV la questione della libertà matrimoniale; nel capo V, le diverse specie di aborto procurato; nel capo VI i mezzi preventivi della fecondazione. CAMPOGRANDE, *Procreazione*, cit., p. 181 e ss.

giusnaturalista ed individualista del rapporto soggetto-Stato e l'affermarsi di nuove chiavi interpretative ⁽⁸⁴⁾.

Il testo di Campogrande descrive infatti molto bene questa crisi e il complesso mutamento di prospettiva in corso. L'individuo dei moderni con la sua libertà (nel matrimonio anche procreativa) è ancora collocato al centro della scena per la sua rilevanza ontologica e metodologica, ma allo Stato, l'altro grande co-protagonista, non si riconosce più la tradizionale funzione primaria di garantirlo e, nei suoi confronti, il dovere di autolimitarsi. « Per il diritto che ha sulla propria persona, l'uomo può disporre di essa dentro i limiti segnati dai diritti sociali e privati e può impedire a chicchessia di attentarvi » ⁽⁸⁵⁾, ma chiariva più avanti il giurista contro ogni giusnaturalistica assolutizzazione e a riprova della portata variabile, contingente e tangibile di una simile facoltà: « Le conseguenze sociali e individuali della libertà di procreazione sono troppo importanti perché si possa farne astrazione. Bisogna ricercare se e fin dove il diritto di procreazione armonizzi con l'interesse dell'individuo, della famiglia e della società, se e quando l'esercizio di tale diritto sia moralmente lecito e quando diventi moralmente illecito » ⁽⁸⁶⁾.

La teorizzazione di una totale sovrapposizione dello Stato alla Società, risolvendo la seconda nel primo, con il conseguente passaggio dalla sicurezza della Società alla sicurezza dello Stato, non sono ancora compiuti: « la Società — afferma Campogrande, ma è una certezza che abbandonerà nell'arco di qualche decennio quando aderirà convinto al fascismo — non può essere confusa collo Stato, il quale non è che una manifestazione della società stessa » ⁽⁸⁷⁾. Nella sua riflessione sopravvive anche la solida tradizione che riconosce la tutela di una sfera giuridica individuale attraverso l'attribuzione al soggetto di un importante ruolo decisionale (« una potestà di volere » ⁽⁸⁸⁾). Tuttavia nel disegno dell'opera è già abbastanza evidente come il nuovo diritto di

⁽⁸⁴⁾ Sui differenti indirizzi interpretativi che in Italia a partire dagli anni Novanta dell'Ottocento, sulla scorta della teoria dei diritti pubblici soggettivi, leggono lo Stato di diritto come fonte esclusiva dei diritti individuali cfr. CARVALE, *Una incerta idea*, cit., p. 52 e ss.

⁽⁸⁵⁾ CAMPOGRANDE, *Procreazione*, cit., p. 13.

⁽⁸⁶⁾ Ivi, p. 32. Sulla natura mutabile, potestativa, abdicabile, e rimovibile di questo diritto e sulla sua inconcepibilità se « non fondato direttamente sulla legge che lo riconosce » aveva insistito anche nel precedente lavoro, *I diritti sulla propria persona*, cit.

⁽⁸⁷⁾ CAMPOGRANDE, *Procreazione*, cit., p. 162. Sulla collocazione di Campogrande tra i giuristi che fra gli anni Venti e Trenta del Novecento tentano di elaborare una retorica della 'libertà' ispirata alle novità politico-istituzionali del regime fascista cfr. CARVALE, *Una incerta idea*, cit., pp. 150, 155.

⁽⁸⁸⁾ CAMPOGRANDE, *Procreazione*, cit., p. 13.

disporre del corpo, anche nella sua estrinsecazione nell'esercizio del diritto di procreazione, si appresti a trovare ormai il suo concreto fondamento e la sua ultima destinazione nell'assoluta trascendenza dei fini nazional-statali, richiedendo in tale direzione un preciso impegno etico-politico dei cittadini.

Con queste premesse alla fine del secolo, si comprende come la Grande Guerra con le sue « nefaste meraviglie »⁽⁸⁹⁾, nel rappresentare il « momento inaugurale di un'Italia nuova » capace di far superare al soggetto « le egoistiche, 'individualistiche', inclinazioni » e di scoprire nello Stato la « profonda vocazione alla totalità »⁽⁹⁰⁾, finisca col costituire il valico fondamentale e senza ritorno verso la ricomprensione dei legami familiari e della generazione nella sfera statale-politica e, più nello specifico, verso il superamento del divieto di ricerca paterna.

Il conflitto mondiale infatti — lo spiega chiaramente Barbara Montesi — non solo impone un modello etico che rende « il comportamento sessuale [...] parte integrante dello sforzo bellico », ma con la prolungata distanza che impone agli uomini e alle donne « crea, assieme a un'imponente contabilità del lutto, un cospicuo contingente di figli illegittimi e di madri nubili » a cui provvedere per assicurare una « maggior coesione delle energie nazionali » e per dare « un senso all'olocausto in corso »⁽⁹¹⁾.

Il legislatore bellico, facendo ricorso alla legge sui pieni poteri, rispose a questa nuova urgenza sia con l'introduzione del matrimonio per procura dei mobilitati e della legittimazione per procura dei figli naturali sia con l'emanazione dei primi provvedimenti a favore degli orfani di guerra. L'inclusione tra costoro dei figli naturali non riconosciuti, e la conseguente possibilità di ricorrere ad una indiretta dichiarazione giudiziale di paternità, rappresenta la grandissima svolta⁽⁹²⁾.

Come rassicurava anche il governo, una simile estensione non intendeva in realtà mettere in discussione il divieto di ricerca ma solo derogarvi in via amministrativa, al fine di assistere e proteggere, attraverso una « socializzazione collettiva della morte del soldato »⁽⁹³⁾, la sorte di coloro che per la guerra erano rimasti senza la guida e il sostegno del padre. Di fatto, però, queste disposizioni intaccarono

⁽⁸⁹⁾ La citazione di A. Gibelli (*Nefaste meraviglie. Grande Guerra e apoteosi della modernità*) è ripresa da MONTESI, *Il diritto familiare*, cit., p. 108.

⁽⁹⁰⁾ COSTA, *Lo 'Stato totalitario'*, cit., pp. 104, 103.

⁽⁹¹⁾ MONTESI, *Il diritto familiare*, cit., pp. 109-111.

⁽⁹²⁾ Sulla casistica ammessa per l'accertamento della paternità ai fini dell'applicazione di questi provvedimenti cfr. *ivi*, p. 114.

⁽⁹³⁾ *Ivi*, p. 113.

l'articolo 189 del codice civile, solcando una frontiera che la lunga campagna abolizionista non era mai riuscita a valicare ⁽⁹⁴⁾.

Di lì a poco, obbedendo al richiamo di un nuovo governo, come è noto, le istanze per l'accoglimento del diritto alla ricerca paterna verranno assorbite all'interno di un'altra politica. La riforma entrerà nell'agenda del fascismo, nel quadro di un progetto che, realizzando un'inedita intrusione pubblica nell'ordine familiare e riproduttivo — in contrasto con una tradizione nazionale fino a quel momento rispettosa della sfera domestica e privata, ma nel solco di una linea di sviluppo che pochi anni prima era stata tratteggiata già in via di ipotesi —, sarà volto, in funzione esclusiva dello Stato, da un canto a restaurare l'autorità maschile e a fare della famiglia una delle forze motrici della vita civile, dall'altro a prevedere iniziative tese ad assicurare la supplenza statale della figura paterna in caso di assenza o inefficacia.

5. *Verso altri paesaggi.*

‘La ricerca della paternità’ — lo abbiamo premesso in esordio, tanto da assumerlo come vettore della nostra traiettoria — si propone quale tema ‘moderno’ di eccezionale caratura.

Come visto, per le sue intersezioni con il fatto della generazione e delle responsabilità ad essa connesse, nell'incrociare i valori della modernità, ossia « la generalità, l'astrattezza, la razionalità, la pianificazione, l'eterodisciplina, la funzionalità » ⁽⁹⁵⁾, costituisce un'incredibile risorsa per indagare la crescente influenza, anche al di là di ‘ogni ragionevole limite’, del pubblico sul privato.

Al tempo stesso, però, nei medesimi intrecci, permette di investigare anche scenari per molti versi opposti.

La questione consente infatti di aprire lo sguardo alla ‘vita di tutti i giorni’ e di osservare da questa prospettiva, più spontanea e radicata nelle situazioni concrete, i mutamenti delle relazioni tra padri e figli considerati per legge illegittimi e quelle delle coppie non sposate, il complesso cammino di trasformazione dell'identità femminile e le nuove capacità rivendicative e di contrattazione, e più avanti i segni di una società che prova ad acquistare un grado più elevato di sensibilità all'unicità e irripetibilità di ogni esistenza individuale, nonché il dispiegarsi della « storia segreta di diritti non soddisfatti » ⁽⁹⁶⁾.

⁽⁹⁴⁾ Ivi, p. 115 e ss.

⁽⁹⁵⁾ A.M. HESPANHA, *Introduzione alla storia del diritto europeo*, Bologna, il Mulino, 2003, p. 309.

⁽⁹⁶⁾ A. MUSATTI, *Ancora sulla responsabilità della procreazione*, in « Foro Italiano », LXXV (1952), IV, col. 18.

Seguire da vicino le vicende dell'accertamento della paternità, andando oltre al dato del diritto ufficiale, o meglio a partire dal modo in cui esso è adattato e reinventato dagli agenti nell'urto con le pratiche sociali locali e in funzione di conflitti concreti, permette ad esempio di mettere in risalto fenomeni minori, nella loro sottigliezza degni di grande attenzione.

È il caso studiato da Flores Reggiani che, nella Milano d'Ottocento, vede protagonisti alcuni padri naturali, i quali dopo l'esposizione della prole riemergono volontariamente dalla loro « tranquilla irresponsabilità » attraverso « sgravi di coscienza » o « restituzioni di spesa ». I fascicoli degli esposti consultati raccontano anche di chi, senza turbare l'ordine della famiglia che ha legalmente costituito, prova a ritessere informalmente un legame con il minore chiedendolo « in allevamento », e di chi — ipotesi ancora più rara — decide di riconoscere e riprendere con sé i figli, o persino di legittimarli con un matrimonio *in extremis* ⁽⁹⁷⁾.

Che, su questi temi, 'al generale' si possa opporre 'il particolare' è confermato anche dallo studio di Andrea Borgione e da quello di Barbara Montesi. Le carte d'archivio del Tribunale ecclesiastico della Torino risorgimentale compulsate dal primo fanno infatti anch'esse intravedere come « dalle crepe della cinica strategia avvocatessa a volte appaiono modelli maschili diversi da quelli, privi di sentimenti verso le donne e i bambini, che la rappresentazione giudiziaria imponeva » ⁽⁹⁸⁾. Similmente, le lettere dei soldati dal fronte, che vanno a riempire i fascicoli dei tribunali per il riconoscimento dello statuto di orfano di guerra, rivelano — come scrive Montesi — « le ordinarie eccezioni dei tempi di pace, come la filiazione precedente la celebrazione delle nozze e le convivenze *more uxorio*, cui i giovani ricorrono in attesa di suggellare l'unione con un matrimonio civile, quando le condizioni economiche e familiari lo permettano » ⁽⁹⁹⁾.

Studiare il tema mettendolo in relazione con la concretezza delle pratiche, aiuta poi a capire anche come alcune *élites* siano state di fatto capaci, mediante la coltivazione di espedienti emotivi legati alla tradizione, non solo di suscitare l'interesse dell'opinione pubblica per importanti innovazioni giuridiche, ma anche di rendere possibile la trasmissione di messaggi culturali ben più esigenti. Come mostra Stefania Bartoloni, per non indebolire la forza delle argomentazioni a sostegno delle riforme sulla ricerca paterna, la stampa femminista italiana a cavaliere tra Otto e Novecento rinunciò a riflessioni pubbliche sul potere del corpo femminile e « nel suo complesso privilegiò una rappresentazione delle donne vittime di irrefrenabili istinti maschili e

⁽⁹⁷⁾ REGGIANI, *Padri naturali*, cit., p. 55 e ss.

⁽⁹⁸⁾ BORGIONE, *Un divieto a metà*, cit., p. 75 e ss.

⁽⁹⁹⁾ MONTESI, *Il diritto familiare*, cit., p. 114.

narrò di giovani fanciulle inesperte, spinte da amore, ma inconsapevoli dei rischi che correvano ». Nel fervore della mobilitazione si posero però anche le condizioni perché negli stessi anni nuove leve di militanti osassero sollevare « più puntuali, serrate e corali » critiche al sistema di potere maschile, rivendicare la restituzione di una (nuova) dignità della madre nubile e chiedere che il problema della filiazione naturale non fosse più posto nei termini antichi della pietà, del soccorso, del dovere alimentare, ma in quelli dei diritti ⁽¹⁰⁰⁾.

Andare dietro alla riproposizione del dramma borghese della fanciulla sedotta e del « frutto dei tristi amori » alla ricerca del bruto e colpevole autore dei propri giorni ⁽¹⁰¹⁾, permette inoltre di immergersi nelle acque profonde di un nuovo tragico 'ipermoderno' processo dei figli contro i padri.

È negli anni Cinquanta del Novecento, che proprio nella giovane Italia repubblicana, attraverso la pretesa risarcitoria contro il genitore naturale di una figlia, non riconosciuta e nata ereditaria, fa ingresso in tribunale il danno da nascita. Ancora una volta nelle aule di giustizia si tornava a discutere dell'insorgenza a partire dal concepimento di una « specie di credito e debito della vita » ⁽¹⁰²⁾, e della possibilità di agire perciò contro l'uomo non sul presupposto della filiazione, ma su quello della responsabilità per il fatto della generazione. In un contesto normativo che, pur non nascondendo il suo sfavore per la ricerca della paternità, aveva ormai allargato il quadro delle eccezioni al divieto ⁽¹⁰³⁾, era diventato del tutto residuale, fino quasi a essere percepito come illogico, il vecchio rimedio dell'accertamento di mero fatto della paternità ai soli effetti alimentari e slegato dal riconoscimento. L'accoglimento da parte della Corte piacentina di una simile azione civile suscitò perciò un larghissimo dibattito che coinvolse illustrissimi uomini di legge, giudici, professori e avvocati.

La trasmissione della sifilide con l'atto procreativo fece assumere alla controversia i contorni di una inedita complessità. Nell'incontro di precedenti lontani, congiunture immediate ed elementi non assegnabili

⁽¹⁰⁰⁾ BARTOLONI, *Il movimento delle donne*, cit., p. 91 e ss. Una simile capacità delle associazioni femminili di « mettere in campo strategie fluide » è documentata per il Marocco da SANTANTONIO, *Madri nubili e figli "illegittimi"*, cit.

⁽¹⁰¹⁾ V.M. PALMIERI, *Sulla responsabilità civile per infermità trasmesse alla prole mediante la generazione*, in « Justitia », VI (1953), p. 30.

⁽¹⁰²⁾ MUSATTI, *Ancora sulla responsabilità*, cit., col. 17.

⁽¹⁰³⁾ Sulle 'ragioni tecniche' che giustificavano il favore per la limitazione della ricerca, in luogo della tradizionale motivazione (per le 'insidie tese a uomini inesperti da donne perdute e senza scrupoli') ripetuta ancora nei lavori preparatori del nuovo codice, cfr. M. GIORGIANNI, *Problemi attuali di diritto familiare*, in « Rivista trimestrale di diritto e procedura civile », X (1956), ora ripubblicato in *Sempre più uguali*, cit., p. 249.

alle tradizionali visioni, nella lucida percezione che si trattasse di un tema di profondo impegno sociale, vennero ad un tempo poste in questione l'intangibilità della libertà sessuale, il torto come realtà sociale da svincolare dal parametro individualistico della responsabilità per colpa o dalla sussistenza di un fatto di reato e dalla previsione di una espressa disposizione che ne riconoscesse la risarcibilità, « la paternità come mero delitto civile »⁽¹⁰⁴⁾, le circostanze che tolgono valore alla vita e, per tale via, infine la « struttura dilemmatica » tra esistere (ossia « la felice disgrazia di venire al mondo » nella sua intrinseca caducità e nel difficile mestiere di vivere) e non esistere e fra l'aver e l'essere⁽¹⁰⁵⁾.

In giorni vicini ai nostri, è ancora un mancato tempestivo riconoscimento da parte del padre di un minore, questa volta imputabile esclusivamente al comportamento dell'altro genitore (l'ironia della storia!), a far registrare un nuovo importante 'fatto di costume': i giudici ammettono che la deprivazione del padre — sul punto l'attenzione è richiamata da Giorgia Alessi — possa essere ammessa come pregiudizio risarcibile non solo perché in grado di compromettere il mantenimento materiale, ma perché idonea a produrre una perdita di relazione e un danno alla crescita e alla vita affettiva del figlio⁽¹⁰⁶⁾. Nelle aule dei tribunali si è data così voce a un'altra epocale e conflittuale trasformazione: da una parte si è riconosciuto il valore emotivo (non più esclusivamente patrimoniale) che l'ambiente sociale attribuisce alla genitorialità, dall'altra, insieme all'affermarsi della rilevanza giuridica dei 'fatti di sentimento', si assiste al consolidarsi di un nuovo e diverso regime di pressione sulla sfera dell'autonomia privata⁽¹⁰⁷⁾.

⁽¹⁰⁴⁾ S. LENER, *Mero delitto civile la paternità?*, in « Foro Italiano », LXXV (1952), parte IV, coll. 12-24.

⁽¹⁰⁵⁾ MUSATTI, *Ancora sulla responsabilità*, cit., coll. 15, 17. Per una più precisa disamina del dibattito nato in occasione di questo celebre caso (Trib. Piacenza, 1950) che, insieme ad un successivo americano (Zepeda v. Zepeda, Corte d'appello dell'Illinois, 1963) anch'esso avente come protagonista un figlio naturale, diventò più avanti *leading case* sul tema della nascita indesiderata (*tort 'wrongful life'*), cfr. TESTUZZA, *In difesa di chi*, cit., p. 353 e ss.

⁽¹⁰⁶⁾ La sentenza a cui ci riferiamo è quella del Tribunale di Milano del 5 ottobre 2016 che ha riconosciuto la responsabilità della madre per non aver consentito al padre di frequentare (e ancor prima, di riconoscere) la propria figlia. Giorgia Alessi pone l'attenzione invece su una diversa controversia, nello schema la più tradizionale, che vede un figlio chiedere l'accertamento della paternità e ottenere dal padre il risarcimento a titolo di danno non patrimoniale per la deprivazione della figura paterna (Tribunale civile di Matera, 6 dicembre 2017). ALESSI, *Diritti di sangue*, cit., p. 36.

⁽¹⁰⁷⁾ Sulla rilevanza giuridica dei 'fatti di sentimento' si ricorda il celebre contributo di A. FALZEA, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica. II. Dogmatica giuridica*, Milano, Giuffrè, 1997, p. 437 e ss. Sulla configurabilità in capo al

La lunga ‘avventura’ della ricerca paterna, a buon ragione, può perciò essere vista come un punto di avvio decisivo quanto sotterraneo della nostra contemporaneità.

Nell’essere in tal senso storia attuale impone infine di estendere la ricerca al di là dei tradizionali confini europei o occidentali. Come prova l’articolo di Alessandra Santantonio, nel quale è presa in considerazione la pratica giudiziaria marocchina riguardante la ricerca di paternità⁽¹⁰⁸⁾, guardare ad esempio all’altra sponda del Mediterraneo, non significa tanto individuare testimoni privilegiati di un diverso universo culturale al fine di cercare spazi di dialogo o al contrario di scissione e repulsione, a fronte del crescente e problematico avvicinamento in corso. Almeno per lo storico del diritto, è più interessante accostarsi a queste realtà ‘altre’ per comprendere i processi di formulazione di nuove regole giuridiche e della loro trasformazione quando sono in corso complessi fenomeni socio-economici (quali l’inurbamento, la separazione dal gruppo domestico, lo sviluppo dell’educazione non familiare, l’innalzamento dell’età matrimoniale, la diffusione di un modello alternativo di famiglia monoparentale, l’attività delle associazioni di tutela delle madri nubili e dei loro figli). Lo sforzo di apertura è tanto più pregevole se, con l’elaborazione di uno sguardo eccentrico, riusciamo ad « evitare utopie slegate dal presente ed estrinseci moralismi »⁽¹⁰⁹⁾.

figlio minore di un diritto all’amore nell’ambiente familiare, al quale anche il nuovo art. 315-bis c.c. e altri recentissimi casi giurisprudenziali hanno restituito attualità è utile il quadro bibliografico tracciato nella nota a sentenza di M. PEZZOLA, *Diritto dei figli ad essere amati?*, in « Persona e mercato », 4 (2018), 4, pp. 27-38.

⁽¹⁰⁸⁾ SANTANTONIO, *Madri nubili e figli “illegittimi”*, cit.

⁽¹⁰⁹⁾ R. FINELLI, *Per un nuovo materialismo. Presupposti antropologici ed etico-politici*, Torino, Rosenberg & Sellier, 2018, p. 15.

Abstracts

ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, *Is there place for a separated legal history?*
A broad review of recent developments on legal historiography

Legal history has been the last stronghold of a history centred on the notions of state and nation. It is true that the very concept of law shifted in the 1970s to a less formalistic approach, inviting to think of peripheral constellations of normativity as encompassed into law anyway. Twenty years later, the ‘global turn’ stressed the need to put the state — and the legislation it produced — amidst a larger and more diversified body of sources of law. However, it was the systemic approach that provided the adequate theoretical framework to look at law as a set of spheres of normative communication. This paved the way for the consideration of autonomous and largely self-referential normative universes, while simultaneously allowing historians to overcome national borders and divides. It represents a far-reaching novelty that goes hand in hand with a true history of the legal dimensions of empires and likewise enables a richer and more complex study of legal transfers and translations, of the relations between metropolitan and indigenous law, as well as a sharper understanding of mediation and/or miscegenation between cosmopolitan and local legal standards.

TOMMASO GAZZOLO, *Kant and the normativity of law*

The essay focuses on the Kantian question « What is Law? » (Was ist Recht?) by investigating what makes Law Law. Starting from this question, the Author tries to rethink the relationship between law and morality — that is the central question of Kant’s legal theory — through the distinction between Prescriptivity and Normativity. Whereas morality prescribes a duty, juridical law turns any duty that has been prescribed into an obligation. Moreover, according to Kantian categories, juridical law doesn’t prescribe anything, but makes a duty binding.

EMANUELE CASTRUCCI, *Juridical form and economic process. On the transformations of the European general theory of law in the framework of the crisis of the early 1930s*

This essay examines the possibility of considering the significant transformations that took place in the European general theory of law of the early 1930s as homologous and somehow corresponding to the profound changes in the material structure of the State in that period. More precisely, it is argued that the crisis of the positivist system of the sources of law in the first decades of the 20th century faithfully reflected the transition from the model of competitive economy linked to the legal framework of the liberal State to the new Keynesian State model, as actor and guarantor of the economic process which imposed itself as a consequence of the market crash of 1929. The European theory of legal sources was thus reformulated in a sort of relationship with the needs of economic process, though it responded to the task differently in the various currents of late-positivist legal doctrine. In this essay, the theoretical developments of Kelsen's normativism are examined in light of the debate that took place in the so-called Czech school, which coalesced between the mid-1920s and the end of the 1930s around the *Revue Internationale de la théorie du droit* of Brno, to then evolve into its final reformulation — which constituted a veritable overturning of its initial formalist approach — of the overall system of sources in Alf Ross's legal realism.

FEDERIGO BAMBI, *Gleaning the lexicon of Brunetto Latini's Rettorica*

Shortly after the first half of the 13th century a Florentine notary, who was in a sad and painful exile in France, set himself to translate and comment the first seventeenth chapters of the first of the two books of Cicero's *De inventione*. He did so also to follow the political passion that had forced him to leave his homeland. Thus, Brunetto Latini's *Rettorica* was born. The lexicon characterising this little work often uses typically legal words that sometimes are transfigured to take on peculiar meanings. These are specific of a science that teaches how to « dire e dittare » *ornatamente*, that is, to speak and write in a form 'beautiful and elegant' but also 'tidy': following a structure and order designed to convince the addressee. The *rettorica*, precisely. Such symbolic words of the legal language as *legge*, *ragione*, *costituzione* and *questione*, in Brunetto's *Rettorica* straddle two sciences and take on the technical meaning sometimes of the one, sometimes of the other. In this ceaseless

exchange a key role is played by Cicero's ideas and lexical usage that Brunetto adjusts to the Middle Age.

GIUSEPPE GUIZZI, *Between history, law and literature: insolvency and bankruptcy in Honoré de Balzac*

The essay underlines some aspects of bankruptcy law — that at the present time is subject in Italy to an ambitious and ample reform — analysing them through the special lens represented by the novels of Balzac. The conviction of the Author is that — likewise to every great literary work — the *Comédie humaine* is endowed with universal cognitive value of the reality and the problems of every man's life. Therefore, the conviction of the Author is that literature can play, in general, an important role in order to improve the education of lawyers and scholars, since also aesthetical experience constitutes an experience of truth.

ENRIQUE ÁLVAREZ CORA, *The concept of analogy in modern legal doctrine*

The research examines the concept of analogy developed by modern legal literature, taking into account a common semantics that approaches it to the meaning of *identitas* and the *imitatio*, in order to finally outline its more rigorously legal sense as *expressa similitudo*. Then, the elements and the characteristics which provide a legal definition of the similarity are studied as well as the necessary requirement of an express legal mechanism for its manifestation, thus detailing the profile of the function fulfilled as an interpretative argument, in its own field that distinguishes it from closest institutions such as broad interpretation and fiction. Lastly, the normative dimension of analogy includes a check of its systemic function as a default source of *iura propria* in the Spanish Law.

GUSTAVO ADOLFO NOBILE MATTEI, *Modern perspectives for a theory of punishment. Declinations of justice and causæ puniendi between the XVI and the XVII centuries*

Even now, penalty is at the heart of legal debate: jurists and philosophers discuss its ground and functions. This essay investigates

the transformations that the ideas of justice, criminal law and penalty underwent between the 16th and 17th century, when the medieval theory of retribution started to decline. The humanistic input of Pierre Grégoire was crucial to the systematization of the three *causæ puniendi*, opening up new prospects; even the theological debate about the cosmology and the human nature determined some important consequences. Reconsidering the concept of secularization and enhancing social disciplining as a key process for modern law, this essay shows how the debate developed during the early modern age.

LUCA MANNORI, *After the reform. Local communities and public representation in Tuscany at the sunset of Enlightenment (1788-1795)*

The reform of local government brought about by Peter Leopold of Lorraine in the Granduchy of Tuscany during the Seventies of the Eighteenth century is commonly considered as one of the brightest results of the whole European reform movement. Nevertheless, we often forget that its application was other than simple. Indeed, since its beginning, the reform plan revealed a serious difficulty to regularly work, forcing the government to take into account many important changes to his original project. Making use of unpublished sources, this contribution traces the history of these attempts of correction and reconstructs the debate which accompanied them. In the short term, these efforts didn't produce any practical outcome; but many of the views and proposals put forward in the Nineties were adopted during the Restoration period and maintained up to the end of the State, in 1859. In short, our purpose is to show that the administrative State built up in the first half of the Nineteenth century has his roots in the last decade of the previous century.

GUSTAVO S. SIQUEIRA, *Brazilian Civil Law on the eve of the 1916 Civil Code: The absence of the Philippine Ordinances and expectations in the press and national doctrine*

This paper investigates the Brazilian use of the *Ordenações Filipinas* (Philippine Ordinances), an inheritance from Portugal (1603), prior to the enactment of the Brazilian Civil Code of 1916. The first part of this study presents a demographic profile of the population, focusing on the Federal District of Rio de Janeiro, and certain national economic statistics in order to depict social reality at that time. The second part

analyzes public statements made in newspapers about the need to create a civil code, and then makes a connection between the desire for a new code and judicial practice. To do so, the judicial proceedings of the First Civil Court of Rio de Janeiro are investigated, covering cases initiated and completed between 1840 and 1915. The central idea of the article is to establish a relationship between the desire for a new code and the reality of judicial practice.

CRISTIANO LA LUMIA, *Jurists on the attack. The question of enemy aliens in the Italian legal debate (1915-1918)*

The treatment of enemy aliens during the Great War was a watershed for European legal doctrine. The paper focuses on the juridical debate in Italy about the policies against Austro-Hungarian and German citizens and their properties. By analysing the three main questions that worried the juridical world — citizenship law, legal capacity and properties rights — the paper underlines the role played in academic journals, newspapers and public institutions by jurists, who tried to force the Italian government and gave their contribution in order to join the national effort for the victory. The juridical ideas developed during the Great War over the treatment of enemy aliens did not remain confined to the war period, but outlined legal changes in the post-war period.

MICHELE PIFFERI, *Constitutional problems of criminal law. Between reformism and the rise of the authoritarian paradigm (1920-1940)*

The essay analyses constitutional problems raised, first, by criminological reformism of the 1920s, focusing on drafts or laws and, then, by the claim of an authoritarian criminal law formulated by Nazi jurists in 1933. After Dahm's and Schaffstein's manifesto, the reaction of many criminal law scholars, included some reformers such as Grünhut and Radbruch, reveals how the scientific debate was shifting from the struggle between different opinions regarding criminal law theories into a constitutional level grounded on a radical rethinking of the state, its foundations and purposes. A comparison between some points of Italian Fascist criminal law and Nazi reforms and theories shows the peculiarity of the German totalitarian penal system and its radical discontinuity with the liberal paradigm.

BARTOLOMÉ CLAVERO, *Terra Australis Nullius: Jurisprudence, historiography, anthropology, memory, fiction, and rock under the sign of Mabo*

Australia, aka *Terra Nullius*. How has the Oceania's continent got such an odd nickname? It all started in 1992 with a case, *Mabo v. Queensland*, in which the High Court decided two different things: first, that the *terra nullius* rule had prevailed in Australian history, blaming on it the massive dispossession of indigenous peoples; then, that it ought to cease being in force ipso facto, yet not having this the effect of the recovery of indigenous rights by virtue of the very judgment. Since 1992, a most intense history has developed which, among jurisprudence, historiography, anthropology and fiction, comes out to be interesting not only for indigenous peoples and Australian law, but also for the research on the legal side of the European colonialisms or, in other words, on international law of both yesterday and today. At the end, having been disallowed the *terra nullius* rule at the international level by the Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, those who make use of *Terra Nullius* as the name of Australia are not those who want to claim it for upholding indigenous deprivation, but those who justly employ it for the opposite purpose, namely to show the persistence of that despoliation. Australia, along with a number of other cases of settler colonialism not just in the Anglosphere, remains *terra nullius*. Upon finding contradictory narratives between jurisprudence and historiography, this essay concludes by reflecting on the cultural shortcomings of scholarly knowledge as the basis for a legal history — whether indigenous, international or any other — that does not confine itself inside the law's field.

GIUSEPPE VETTORI, *The 1968 movement and the strength of principles. Only a beginning*

This essay explores the impact of the 1968 movement in Italy on private law. In doing so, the Author discusses the role played by Stefano Rodotà as well as the discovery of the Italian Constitution by judges and scholars. In its last part, the article discusses the current legal scenario — the so-called post-modern law — and the Author stresses the topicality of the 1968 slogan « It's only a beginning ».

ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ, *Legal absolutism (a view from Spain, twenty years later)*

The essay intends to be a review, from the perspective of Spanish law, of Paolo Grossi's thesis about the so-called 'legal absolutism'. It reaffirms its current validity, but also its need for qualification for that Law, where the pluralism of sources has been more accentuated, and the role of judicial decisions, especially those of the Supreme Court, has been more determinant of the practice and theory compared to other Civil Law orders.

PIER PAOLO PORTINARO, *Fritz Bauer, a critical jurist*

Born in 1903 in Stuttgart within a Jewish family, German lawyer Fritz Bauer (1903-1968) played a leading role as prosecutor in the Frankfurt Auschwitz Trials. Since 1928 he was *Rechtsassessor* (judge's assistant), then he was appointed *Amtsrichter* (judge) in Stuttgart local district court. In 1933, he was arrested along with Kurt Schumacher and was transferred to a concentration camp where he spent some months. Having been dismissed from his civil service position, Bauer emigrated to Denmark in 1935. Thereafter, in 1943, he moved to Sweden, where he founded the *Sozialistische Tribüne* along with Willy Brandt, and he published his pioneering book about war criminal trials (Bauer, 1944). The present article outlines Fritz Bauer's contributions to the creation of an independent and democratic justice system in West Germany; to the prosecution of Nazi war criminals; to the reform of the criminal law and penal systems; to the development of a critical theory of law in a democratic society.

GIANCARLO ANELLO, *An experienced liberty. A phenomenological approach to religious freedom and the life of an Italian colonial jurist*

Italian colonialism was brief and secondary as a political global phenomenon, but was accompanied by an amazing experimental inspiration from the legal field — almost ignored by legal history of colonialism. This essay tries to analyze the extraordinary efforts of one such jurist, Arnaldo Bertola who was Professor of colonial law at the University of Turin, since the '30s. In particular, the paper explores his personal interpretation of the idea of religious freedom in the context

of the Italian colonies, notably Benghazi and Rhodes, where he served as a judge, and Mogadishu, where he was appointed as a legal expert after the war. Bertola's case is noteworthy because of his innovative thinking, his remarkable personality, his unusual curiosity, and his attention to the value of religious freedom. His legal thought and method melted ethnography and phenomenological approach to the colonial society. As a result, in his view the early paradigm of the liberty of religion and belief (inspired by his academic mentor — Francesco Ruffini) transforms into an unexpected theory of the 'Islamization of the law', driven by the interplay of the religious habits and the general categories of the Italian colonial law, which seem to be oddly ahead of his time.

ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, *Law in the Academia (Coimbra, 1570-1640). Identifying the law within a communicative community*

Portuguese libraries — mainly the *Biblioteca Geral da Universidade de Coimbra* — keep hundreds of university lessons (*apostilhas*) of the 16th and 17th centuries. Based on this material, the paper aims at reconstructing the configuration of law as it was taught in the faculties of *Canones* and *Leis* of Coimbra in the early modern period (1570-1640). The result should be an image of the culture of the *letrados* who filled the magistracies of the learned palatine courts and of those of the most important towns. In addition, the great selection that was made in the teaching of Roman and Canon law is emphasized, showing as legal education was concentrated in a small universe of subjects. It is shown how problematic is to relate the elected list of themes to social or political contexts, preferring an explanation of the selection criteria by academic styles and traditions, such as the prestige and relevance of segments of the textual tradition.

Ragguagli fiorentini

ATTIVITÀ DEL CENTRO DI STUDI PER LA STORIA
DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO
NELL'ANNO ACCADEMICO 2017-2018

Sono stati graditi ospiti del Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno la Professoressa Carmen Servan dell'Università di Siviglia che ha dedicato il suo nuovo soggiorno di studi (dal 18 novembre al 18 dicembre 2018) a una ricerca sul diritto penale e penitenziario nei secoli XVIII e XIX.

Ha ricevuto un invito per approfondire le tematiche della sua dissertazione di Mestrado (master accademico: *Manifestazioni della rappresentazione politica nel pensiero giuridico di Costantino Mortati (1920-1947): una storia di rassegnazione concettuale e sopravvivenza accademica post-autoritari*, Tutor: Prof. Arno Dal Ri Júnior) la dott.ssa Kristal Moreira Gouveia, proveniente dall'Università Federale di Santa Catarina - Florianopolis, Brasile.

Nel quadro dell'accordo di cooperazione che vede coinvolti i due Atenei e il Centro ha conseguito il titolo di dottore di ricerca presso la Scuola di Dottorato fiorentina il dott. Airton Ribeiro.

È stato pubblicato il volume XLVII (2018) dei «Quaderni fiorentini», numero miscelaneo con saggi di Federigo Bambi, Gabriele Bassi, Guido Bonino e Giovanni Damele, Francesco Bono, Pio Caroni, Agustín E. Casagrande, Bartolomé Clavero, Paolo Grossi, Carlos Petit, Giovanni Rossi, Gianluca Russo, Marco Sabbioneti, Ricardo Sontag e Gustavo Zagrebelsky.

Nella 'Biblioteca' del Centro sono stati pubblicati nel 2018 tre volumi, collegati a diverso titolo alle linee di ricerca individuate dal Centro, ovvero il volume 116, Federigo Bambi, *Scrivere in latino, leggere in volgare. Glossario dei testi notarili bilingui tra Due e Trecento*; il volume 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*; e il volume 118, Maurizio Fioravanti, *La costituzione democratica. Modelli e itinerari del diritto pubblico del ventesimo secolo*.

Il Centro ha contribuito nel 2018 allo sviluppo delle seguenti tematiche di ricerca finanziando due assegni di ricerca e una borsa di ricerca:

assegno di ricerca, tutt'ora in corso, su *Autogoverno, populismo e tecnocrazia nell'esperienza costituzionale europea in età contemporanea. Criteri operativi per la predisposizione di una banca dati online*;

— assegno di ricerca su *Le narrative del diritto sul proprio corpo. Ricerche storico-giuridiche tra localizzazione, recezione e globalizzazione*;

— borsa di ricerca, tutt'ora in corso, dal titolo '*Storiografia giuridica e strumenti finanziari*', su finanziamento ricevuto dalla Fondazione Cassa di Risparmio di Firenze mediante partecipazione a bando competitivo della Fondazione.

Il Centro ha anche acquisito due ulteriori finanziamenti esterni: dal Comune di San Gimignano per condurre *una indagine conoscitiva relativa alla proprietà delle mura storiche cittadine di San Gimignano*, e dalla Fondazione Ente Cassa di Risparmio per sviluppare la tematica *Rischio contrattuale e libertà del mare: la vicenda storico-giuridica delle assicurazioni marittime*.

Infine, il Centro contribuisce per il XXXIV Ciclo, nell'ambito delle attività di cofinanziamento del Progetto 'Dipartimenti di Eccellenza 2018-2022', all'erogazione di una borsa di dottorato aggiuntiva su *La storicità della dimensione giuridica europea con particolare riferimento ai diritti sociali: sviluppo e crisi*. Tale tematica vuole contribuire alla realizzazione della prima delle tre aree di sviluppo previste dal Progetto: 'La dimensione europea e transnazionale degli studi giuridici'.

Si ricorda che già per il XXXIII Ciclo, il Centro ha sostenuto la borsa su « I profili di tutela dello straniero in cerca di protezione: tra diritto d'asilo costituzionale e sistema europeo di protezione multilivello ».

Il 2 maggio 2018 si è tenuto il convegno *La riforma dei codici civili. L'esperienza argentina* con la partecipazione di Giuseppe Vettori (Università di Firenze), Giovanni Passagnoli (Università di Firenze), Marisa Aizenberg (Universidad de Buenos Aires), Chiara Sartoris (Università di Firenze), Melina Maluf Martinez (Universidad Católica de Cuyo), Marcos Cordoba (Universidad de Buenos Aires), Serena Meucci (Università di Firenze), Carlos Clerc (Universidad de Buenos Aires), Mario Mauro (Università di Firenze), Juan Carlos Boragina (Universidad de Buenos Aires), Daniele Imbruglia (Università di Firenze), Carlos Parellada (Universidad Católica de Cuyo), Antonio Gorgoni (Università di Firenze), Jorge Meza (Universidad de Buenos Aires).

Infine il Centro ha patrocinato tre incontri tenuti dal prof. Thiago Reis e Souza (Fondazione Getulio Vargas, San Paolo, Brasile) sul tema generale *Diritto, dittatura e trasformazioni istituzionali nel Brasile di Vargas (1930-1955)*: l'11 giugno 2018 (*Rapporti tra diritto e autoritarismo negli anni Trenta e Quaranta*), il 13 giugno 2018 (*Realismo giuridico e giustizia del lavoro: il caso di Oliveira Vianna*) e il 18 giugno 2018 (*Dialogo con la storiografia giuridica italiana*).

GIOVANNI CAZZETTA, *Pagina introduttiva* 1

MODELLI E DIMENSIONI

ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, *Is there place for a separated legal history? A broad review of recent developments on legal historiography* 7

TOMMASO GAZZOLO, *Kant e la normatività del diritto* 29

EMANUELE CASTRUCCI, *Forma giuridica e processualità economica. Sulle trasformazioni della teoria generale del diritto europea nel quadro della crisi dei primi anni '30* 65

FEDERIGO BAMBI, *Spigolature sul lessico della Rettorica di Brunetto Latini* 103

GIUSEPPE GUIZZI, *Tra storia, diritto e letteratura: insolvenza e fallimento in Honoré de Balzac* 123

LA DIMENSIONE GIURIDICA

ENRIQUE ÁLVAREZ CORA, *El concepto de la analogía en la doctrina jurídica moderna*. 157

GUSTAVO ADOLFO NOBILE MATTEI, *Prospettive moderne per una teoria della pena. Declinazioni della giustizia e causæ puniendi tra XVI e XVII secolo* . . . 183

LUCA MANNORI, *Dopo la riforma. Comunità locali e rappresentanza in Toscana al tramonto dei lumi (1788-1795)* 221

GUSTAVO S. SIQUEIRA, *Brazilian Civil Law on the eve of the 1916 Civil Code: The absence of the Philippine Ordinances and expectations in the press and national doctrine* 255

CRISTIANO LA LUMIA, *Giuristi all'attacco. La questione dei cittadini di nazionalità nemica nel dibattito giuridico italiano (1915-1918)*. 269

MICHELE PIFFERI, *Problemi costituzionali del diritto penale. Tra riformismo e ascesa del paradigma autoritario (1920-1940)* 309

BARTOLOMÉ CLAVERO, *Terra Australis Nullius: jurisprudencia, historiografía, antropología, memoria, ficción y rock bajo el signo de Mabo* 355

GIUSEPPE VETTORI, *Il Sessantotto e la forza dei principi. Ancora un inizio.* 427

ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ, *Absolutismo jurídico (uno sguardo spagnolo, vent'anni dopo)* 447

FIGURE DELL'ESPERIENZA

PIER PAOLO PORTINARO, *Fritz Bauer, un giurista critico.* 471

GIANCARLO ANELLO, <i>An experienced liberty: phenomenological approach to religious freedom and the life of an Italian colonial jurist</i>	515
ANTÓNIO MANUEL HESPAÑA, <i>O direito na Academia (Coimbra, 1570-1640). A identificação do direito numa comunidade comunicativa</i>	537
TESTIMONIANZE	
MAURIZIO FIORAVANTI, <i>La presenza della Spagna nella storia costituzionale europea. Ricordo di Joaquín Varela</i>	621
LETTURE	
<i>Cultura giuridica e letteratura nella costruzione europea</i> , a cura di Orlando Roselli, Napoli, 2018 (Stefano Mannoni)	633
<i>Les défis de la représentation. Langages, pratiques et figuration du gouvernement</i> , sous la direction de Manuela Albertone et Dario Castiglione, Paris, 2018 (Luca Mannori)	635
<i>Diritto: storia e comparazione. Nuovi propositi per un binomio antico</i> , Massimo Brutti, Alessandro Somma (eds.), Berlin, 2018 (Pablo Moreno Cruz) . .	642
MICHEL FOUCAULT, <i>Teorie e istituzioni penali</i> (Corso al Collège de France, 1971-72), Milano, 2019; ID., <i>La società punitiva</i> (Corso al Collège de France, 1972-73), Milano, 2016 (Ernesto De Cristofaro)	650
JACQUES GUILHAUMOU, <i>Cognition et ordre social chez Sieyès. Penser les possibles</i> , Paris, 2018 (Stefano Mannoni)	658
<i>Immaginare la Repubblica. Mito e attualità dell'Assemblea Costituente</i> , a cura di Fulvio Cortese, Corrado Caruso, Stefano Rossi, Milano, 2018 (Massimiliano Gregorio)	660
<i>Libertà e coercizione. Il lavoro in una prospettiva di lungo periodo</i> , a cura di Giulia Bonazza e Giulio Ongaro, Palermo, 2018 (Giovanni Cazzetta)	666
<i>Pour une nouvelle éducation juridique</i> , Massimo Vogliotti (dir.), Paris, 2018 (Bernardo Sordi)	671
LORENZO TANZINI, <i>1345. La bancarotta di Firenze. Una storia di banchieri, fallimenti e finanza</i> , Roma, 2018 (Gianluca Russo)	675
A PROPOSITO DI...	
RICCARDO CAVALLO, <i>L'immaginario giuridico nazionalsocialista</i> (A proposito della cultura e della scienza giuridica del <i>Terzo Reich</i> a partire dalle recenti ricerche di Johann Chapoutot)	685

ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ, <i>Por qué Cicerón nos sigue interpelando hoy</i> (A propósito de Fernando H. Llano Alonso, <i>El gobierno de la razón: la filosofía jurídico política de Marco Tulio Cicerón</i> , Madrid, 2017)	707
STEFANO MANNONI, <i>Pro e contro Tocqueville</i> (A proposito di Cédric Glineur, <i>Histoire des institutions administratives. X-XIX siècle</i> , Paris, 2017).	727
PIERO MARINO, <i>Verso una giustificazione etica del diritto?</i> (A proposito della <i>Rechtsethik</i> di Dietmar von der Pfordten)	735
ENRICO MAURO, <i>Il diritto storto che protegge l'essere di chi ha dal 'non-essere' di chi non ha</i> (A proposito di Elisabetta Grande, <i>Guai ai poveri. La faccia triste dell'America</i> , Torino, 2017)	745
BALDASSARE PASTORE, « <i>Il diritto riposa soltanto sulla libertà</i> » (A proposito di Immanuel Kant, <i>Lezioni sul diritto naturale</i> (Nurrecht Feyerabend), a cura di Norbert Hinske e Gianluca Sadun Bordoni, Milano, 2016)	757
IRENE STOLZI, <i>Un'irriducibile complessità? Il fascismo fra immagini e realtà</i> (A proposito di alcuni recenti volumi)	767
MARIA SOLE TESTUZZA, <i>Il fatto della generazione: un ponte gettato a far arco</i> (A proposito di <i>Genesis. XVII/1</i> , 2018. <i>La ricerca della paternità. Responsabilità, diritti e affetti</i> , a cura di Stefania Bartoloni e Daniela Lombardi)	785
ABSTRACTS	817
RAGGUAGLI FIORENTINI <i>Attività del Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno nell'anno accademico 2017-2018</i>	829

Contents

GIOVANNI CAZZETTA, <i>Introductory Remarks</i>	1
ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, <i>Is there place for a separated legal history? A broad review of recent developments on legal historiography</i>	7
TOMMASO GAZZOLO, <i>Kant and the normativity of law</i>	29
EMANUELE CASTRUCCI, <i>Juridical form and economic process. On the transformations of the European general theory of law in the framework of the crisis of the early 1930s</i>	65
FEDERIGO BAMBI, <i>Gleaning the lexicon of Brunetto Latini's Rettorica</i>	103
GIUSEPPE GUIZZI, <i>Between history, law and literature: insolvency and bankruptcy in Honoré de Balzac</i>	123
ENRIQUE ÁLVAREZ CORA, <i>The concept of analogy in modern legal doctrine</i>	157
GUSTAVO ADOLFO NOBILE MATTEI, <i>Modern perspectives for a theory of punishment. Declinations of justice and causæ puniendi between the XVI and the XVII centuries</i>	183
LUCA MANNORI, <i>After the reform. Local communities and public representation in Tuscany at the sunset of Enlightenment (1788-1795)</i>	221
GUSTAVO S. SIQUEIRA, <i>Brazilian Civil Law on the eve of the 1916 Civil Code: The absence of the Philippine Ordinances and expectations in the press and national doctrine</i>	255
CRISTIANO LA LUMIA, <i>Jurists on the attack. The question of enemy aliens in the Italian legal debate (1915-1918)</i>	269
MICHELE PIFFERI, <i>Constitutional problems of criminal law. Between reformism and the rise of the authoritarian paradigm (1920-1940)</i>	309
BARTOLOMÉ CLAVERO, <i>Terra Australis Nullius: jurisprudence, historiography, anthropology, memory, fiction, and rock under the sign of Mabo</i>	355
GIUSEPPE VETTORI, <i>The 1968 movement and the strength of principles. Only a beginning</i>	427
ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ, <i>Legal absolutism (a view from Spain, twenty years later)</i>	447
PIER PAOLO PORTINARO, <i>Fritz Bauer, a critical jurist</i>	471
GIANCARLO ANELLO, <i>An experienced liberty: phenomenological approach to religious freedom and the life of an Italian colonial jurist</i>	515
ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, <i>Law in the Academia (Coimbra, 1570-1640). Identifying the law within a communicative community</i>	537

TESTIMONIES

- MAURIZIO FIORAVANTI, *The presence of Spain in the European constitutional history. In memory of Joaquín Varela* 621

REVIEWS

- Cultura giuridica e letteratura nella costruzione europea*, a cura di Orlando Roselli, Napoli, 2018 (Stefano Mannoni) 633
- Les défis de la représentation. Langages, pratiques et figuration du gouvernement*, sous la direction de Manuela Albertone et Dario Castiglione, Paris, 2018 (Luca Mannori) 635
- Diritto: storia e comparazione. Nuovi propositi per un binomio antico*, Massimo Brutti, Alessandro Somma (eds.), Berlin, 2018 (Pablo Moreno Cruz) 642
- MICHEL FOUCAULT, *Teorie e istituzioni penali*, Milano, 2019; Id., *La società punitiva*, Milano, 2016 (Ernesto De Cristofaro) 650
- JACQUES GUILHAUMOU, *Cognition et ordre social chez Sieyès. Penser les possibles*, Paris, 2018 (Stefano Mannoni) 658
- Immaginare la Repubblica. Mito e attualità dell'Assemblea Costituente*, a cura di Fulvio Cortese, Corrado Caruso, Stefano Rossi, Milano, 2018 (Massimiliano Gregorio) 660
- Libertà e coercizione. Il lavoro in una prospettiva di lungo periodo*, a cura di Giulia Bonazza e Giulio Ongaro, Palermo, 2018 (Giovanni Cazzetta) 666
- Pour une nouvelle éducation juridique*, Massimo Vogliotti (dir.), Paris, 2018 (Bernardo Sordi) 671
- LORENZO TANZINI, 1345. *La bancarotta di Firenze. Una storia di banchieri, fallimenti e finanza*, Roma, 2018 (Gianluca Russo) 675

READINGS

- RICCARDO CAVALLO, *The Nazi legal imaginary (on the Third Reich's legal science and culture from the recent research of Johann Chapoutot)* 685
- ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ, *Why Cicero keeps interrogating us today (on Fernando H. Llano Alonso, El gobierno de la razón: la filosofía jurídico política de Marco Tulio Cicerón, Madrid, 2017)* 707
- STEFANO MANNONI, *For and against Tocqueville (on Cédric Glineur, Histoire des institutions administratives. X-XIX siècle, Paris, 2017)*. 727
- PIERO MARINO, *Towards an ethical justification of law? (on Dietmar von der Pfordten's Rechtsethik)* 735
- ENRICO MAURO, *The crooked law that protects the being of those who have against the 'non-being' of those who have not (on Elisabetta Grande, Guai ai poveri. La faccia triste dell'America, Torino, 2017)*. 745

BALDASSARE PASTORE, « <i>The law only rests on liberty</i> » (on Immanuel Kant, <i>Lezioni sul diritto naturale</i> (Naturrecht Feyerabend), a cura di Norbert Hinske e Gianluca Sadun Bordoni, Milano, 2016)	757
IRENE STOLZI, <i>An irreducible complexity? Fascism between images and reality</i> (on some recent scholarship)	767
MARIA SOLE TESTUZZA, <i>The fact of generating: an arching bridge</i> (on Genesis. XVII/1, 2018. <i>La ricerca della paternità. Responsabilità, diritti e affetti</i> , a cura di Stefania Bartoloni e Daniela Lombardi)	785
ABSTRACTS	817
CENTRO DI STUDI PER LA STORIA DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO <i>Activities in the Year 2017-2018</i>	829

I collaboratori del «Quaderno» 48

ENRIQUE ÁLVAREZ CORA

Catedrático de Historia del derecho y de las instituciones – Universidad de Murcia

GIANCARLO ANELLO

Prof. Associato di Diritto ecclesiastico e canonico – Università di Parma

FEDERIGO BAMBI

Prof. Associato di Storia del diritto medievale e moderno – Università di Firenze

EMANUELE CASTRUCCI

Prof. Ordinario di Filosofia del diritto – Università di Siena

RICCARDO CAVALLO

Professore a contratto di Sociologia del diritto ed elementi di informatica giuridica –
Università di Modena e Reggio Emilia

GIOVANNI CAZZETTA

Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno – Università di Ferrara

BARTOLOMÉ CLAVERO

Prof. Emérito de Historia del derecho y de las instituciones – Universidad de Sevilla

ERNESTO DE CRISTOFARO

Ricercatore di Storia del diritto medievale e moderno – Università di Catania

MAURIZIO FIORAVANTI

Prof. Emerito di Storia del diritto medievale e moderno – Università di Firenze

TOMMASO GAZZOLO

Ricercatore in Filosofia del diritto – Università di Sassari

MASSIMILIANO GREGORIO

Prof. Associato di Storia del diritto medievale e moderno – Università di Firenze

GIUSEPPE GUIZZI

Prof. Ordinario di Diritto commerciale – Università di Napoli 'Federico II'

ANTÓNIO MANUEL HESPANHA

Catedrático aposentado de Historia de direito – Universidade Nova de Lisboa

CRISTIANO LA LUMIA

Dottore magistrale in Storia e civiltà – Università di Pisa; *allievo ordinario* – Scuola
Normale Superiore di Pisa

ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ

Prof. Emérito de Derecho civil – Universidad de Sevilla

STEFANO MANNONI

Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno – Università di Firenze

LUCA MANNORI

Prof. Ordinario di Storia delle istituzioni politiche – Università di Firenze

PIERO MARINO

Dottorando in 'Diritti umani: teoria, storia e prassi' – Università di Napoli 'Federico II'

ENRICO MAURO

Ricercatore in Diritto amministrativo – Università del Salento

PABLO MORENO CRUZ

Professore di Diritto Comparato – Universidad Externado de Colombia

GUSTAVO ADOLFO NOBILE MATTEI

Assegnista di Storia del diritto medievale e moderno – Università di Verona

BALDASSARE PASTORE

Prof. Ordinario di Filosofia del diritto – Università di Ferrara

MICHELE PIFFERI

Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno – Università di Ferrara

PIER PAOLO PORTINARO

Prof. Ordinario di Filosofia politica – Università di Torino

GIANLUCA RUSSO

Dottorando di Teoria e Storia dei Diritti Umani – Università di Firenze

GUSTAVO S. SIQUEIRA

Professor of Legal History – Rio de Janeiro State University (UERJ)

BERNARDO SORDI

Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno – Università di Firenze

IRENE STOLZI

Prof. Associato di Storia del diritto medievale e moderno – Università di Firenze

MARIA SOLE TESTUZZA

Ricercatrice in Storia del diritto medievale e moderno – Università di Catania

GIUSEPPE VETTORI

Prof. Ordinario di Diritto privato – Università di Firenze

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
- Vol. 48 (2019), 8°, p. 840

BIBLIOTECA

« Per la storia del pensiero giuridico moderno »

- 1 LA SECONDA SCOLASTICA NELLA FORMAZIONE DEL DIRITTO PRIVATO MODERNO
Incontro di studio - Firenze, 17-19 ottobre 1972
Atti, a cura di Paolo Grossi
(1973), 8°, p. 484
- 2 Mario Sbriccoli, CRIMEN LAESAE MAIESTATIS
Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna
(1974), 8°, p. 399
- 3 Pietro Costa, IL PROGETTO GIURIDICO
Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico
Vol. I: Da Hobbes a Bentham
(1974), 8°, p. XIII-414
- 4 Mario Sbriccoli, ELEMENTI PER UNA BIBLIOGRAFIA DEL SOCIALISMO GIURIDICO ITALIANO
(1976), 8°, p. 169
- 5 Paolo Grossi, « UN ALTRO MODO DI POSSEDERE »
L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica post-unitaria
(1977), 8°, p. 392
- 6/7 Franz Wieacker, STORIA DEL DIRITTO PRIVATO MODERNO
con particolare riguardo alla Germania
Trad. di Umberto Santarelli e di Sandro A. Fusco
Vol. I (1980), 8°, p. 560
Vol. II (1980), 8°, p. 429
- 8 Maurizio Fioravanti, GIURISTI E COSTITUZIONE POLITICA NELL'OTTOCENTO TEDESCO
(1979), 8°, p. 432
- 9 Peter Stein-John Shand, I VALORI GIURIDICI DELLA CIVILTÀ OCCIDENTALE
Trad. di Alessandra Maccioni
(1981), 8°, p. 465
- 10 Gioele Solari, SOCIALISMO E DIRITTO PRIVATO
Influenza delle odierne dottrine socialistiche sul diritto privato (1906)
Edizione postuma a cura di Paolo Ungari
(1980), 8°, p. 259

- 11/12 CRISTIANESIMO, SECOLARIZZAZIONE E DIRITTO MODERNO
A cura di Luigi Lombardi Vallauri e Gerhard Dilcher
(1981), 8°, p. 1527
- 13 LA « CULTURA » DELLE RIVISTE GIURIDICHE ITALIANE
Atti del Primo Incontro di studio - Firenze, 15-16 aprile 1983
A cura di Paolo Grossi
(1984), 8°, p. VI-198
- 14 Franco Todescan, LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO
LAICO
I. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Ugo Grozio
(1983), 8°, p. VIII-124
- 15 Emanuele Castrucci, TRA ORGANICISMO E « RECHTSIDEE »
Il pensiero giuridico di Erich Kaufmann
(1984), 8°, p. XIV-202
- 16 Pietro Barcellona, I SOGGETTI E LE NORME
(1984), 8°, p. IV-204
- 17 Paolo Cappellini, SYSTEMA IURIS
I. Genesis del sistema e nascita della « scienza » delle Pandette
(1984), 8°, p. XII-638
- 18 Luca Mannori, UNO STATO PER ROMAGNOSI
I. Il progetto costituzionale
(1984), 8°, p. XII-656
- 19 Paolo Cappellini, SYSTEMA IURIS
II. Dal sistema alla teoria generale
(1985), 8°, p. XII-416
- 20 Bernardo Sordi, GIUSTIZIA E AMMINISTRAZIONE NELL'ITALIA LIBERALE
La formazione della nozione di interesse legittimo
(1985), 8°, p. 483
- 21 Pietro Costa, LO STATO IMMAGINARIO
Metafore e paradigmi nella cultura giuridica fra Ottocento e Novecento
(1986), 8°, p. IV-476
- 22 STORIA SOCIALE E DIMENSIONE GIURIDICA - STRUMENTI D'INDAGINE E IPOTESI DI LAVORO
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 26-27 aprile 1985
A cura di Paolo Grossi
(1986), 8°, p. VIII-466
- 23 Paolo Grossi, STILE FIORENTINO
Gli studi giuridici nella Firenze italiana - 1859-1950
(1986), 8°, p. XV-230
- 24 Luca Mannori, UNO STATO PER ROMAGNOSI
II. La scoperta del diritto amministrativo
(1987), 8°, p. VIII-254
- 25 Bernardo Sordi, TRA WEIMAR E VIENNA
Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra
(1987), 8°, p. 378

- 26 Franco Todescan, LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO LAICO
II. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Jean Domat (1987), 8°, p. VIII-88
- 27 Paolo Grossi, « LA SCIENZA DEL DIRITTO PRIVATO »
Una rivista-progetto nella Firenze di fine secolo - 1893-1896 (1988), 8°, p. IX-206
- 28 LA STORIOGRAFIA GIURIDICA SCANDINAVA
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 22-23 maggio 1987
A cura di Paolo Grossi (1988), 8°, p. VI-87
- 29 LA CULTURE DES REVUES JURIDIQUES FRANÇAISES
A cura di André-Jean Arnaud (1988), 8°, p. IV-144
- 30 Adam Smith, LEZIONI DI GLASGOW
Introduzione a cura di Enzo Pesciarelli
Traduzione di Vittoria Zompanti Oriani (1989), 8°, p. CXXVIII-766
- 31 Thilo Ramm, PER UNA STORIA DELLA COSTITUZIONE DEL LAVORO TEDESCA
A cura di Lorenzo Gaeta e Gaetano Vardaro (1989), 8°, p. 195
- 32 PIERO CALAMANDREI - Ventidue saggi su un grande maestro
A cura di Paolo Barile (1990), 8°, p. 556
- 33 IL PENSIERO GIURIDICO DI COSTANTINO MORTATI
A cura di Mario Galizia e Paolo Grossi (1990), 8°, p. 644
- 34/35 HISPANIA - ENTRE DERECHOS PROPIOS Y DERECHOS NACIONALES
Atti dell'incontro di studio - Firenze/Lucca 25, 26, 27 maggio 1989
A cura di B. Clavero, P. Grossi, F. Tomas y Valiente
Tomo I (1990), 8°, p. VI-530
Tomo II (1990), 8°, p. IV-531-1036
- 36 Osvaldo Cavallar, FRANCESCO GUICCIARDINI GIURISTA
I ricordi degli onorari (1991), 8°, p. XXII-396
- 37 Bernardo Sordi, L'AMMINISTRAZIONE ILLUMINATA
Riforma delle Comunità e progetti di Costituzione nella Toscana leopoldina (1991), 8°, p. 424
- 38 Franco Cipriani, STORIE DI PROCESSUALISTI E DI OLIGARCHI
La Procedura civile nel Regno d'Italia (1866-1936) (1991), 8°, p. X-536
- 39 Bartolomé Clavero, ANTIDORA
Antropología católica de la economía moderna (1991), 8°, p. VI-259

- 40 Giovanni Cazzetta, *RESPONSABILITÀ AQUILIANA E FRAMMENTAZIONE DEL DIRITTO COMUNE CIVILISTICO (1865-1914)*
(1991), 8°, p. IV-564
- 41 Paolo Grossi, *IL DOMINIO E LE COSE*
Percezioni medioevali e moderne dei diritti reali
(1992), 8°, p. 755
- 42 *L'INSEGNAMENTO DELLA STORIA DEL DIRITTO MEDIEVALE E MODERNO*
Strumenti, destinatari, prospettive
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 6-7 novembre 1992
A cura di Paolo Grossi
(1993), 8°, p. VIII-440
- 43 *PERIODICI GIURIDICI ITALIANI (1850-1900) - Repertorio*
A cura di Carlo Mansuino
(1994), 8°, p. XIV-368
- 44 Stefano Mannoni, *UNE ET INDIVISIBLE*
Storia dell'accentramento amministrativo in Francia - I
(1994), 8°, p. XXII-603
- 45 Luca Mannori, *IL SOVRANO TUTORE*
Pluralismo istituzionale e accentramento amministrativo nel Principato dei Medici (Secc. XVI-XVIII)
(1994), 8°, p. VIII-486
- 46 Stefano Mannoni, *UNE ET INDIVISIBLE*
Storia dell'accentramento amministrativo in Francia - II
(1996), 8°, p. XVI-448
- 47 Bartolomé Clavero, *TOMÁS Y VALIENTE*
Una biografía intelectual
(1996), 8°, p. XXXVI-374
- 48 Costantino Mortati, *L'ORDINAMENTO DEL GOVERNO NEL NUOVO DIRITTO PUBBLICO ITALIANO*
Ristampa inalterata, con una prefazione di Enzo Cheli
(2000), 8°, p. X-234
- 49 Costantino Mortati, *LA COSTITUZIONE IN SENSO MATERIALE*
Ristampa inalterata, con una premessa di Gustavo Zagrebelsky
(1998), 8°, p. XXXVIII-212
- 50 *GIURISTI E LEGISLATORI*
Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 26-28 settembre 1996
A cura di Paolo Grossi
(1997), 8°, p. VIII-530
- 51 Pio Caroni, *SAGGI SULLA STORIA DELLA CODIFICAZIONE*
(1998), 8°, p. XX-270
- 52 Paolo Grossi, *ASSOLUTISMO GIURIDICO E DIRITTO PRIVATO*
(1998), 8°, p. X-474
- 53 Giovanni Cazzetta, *PRÆSUMITUR SEDUCTA*
Onestà e consenso femminile nella cultura giuridica moderna
(1999), 8°, p. IV-426

- 54 Stefano Mannoni, POTENZA E RAGIONE
La scienza del diritto internazionale nella crisi dell'equilibrio europeo (1870-1914)
(1999), 8°, p. IV-276
- 55/56 Sergio Caruso, LA MIGLIOR LEGGE DEL REGNO
Consuetudine, diritto naturale e contratto nel pensiero e nell'epoca di John Selden
(1584-1654)
Tomo I (2001), 8°, p. IV-432
Tomo II (2001), 8°, p. IV-433-1024
- 57 Franco Todescan, LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO
LAICO
III. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Samuel Pufendorf
(2001), 8°, p. VIII-106
- 58/59 Maurizio Fioravanti, LA SCIENZA DEL DIRITTO PUBBLICO
Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento
Tomo I (2001), 8°, p. XXII-572
Tomo II (2001), 8°, p. IV-573-918
- 60 Raffaele Volante, IL SISTEMA CONTRATTUALE DEL DIRITTO COMUNE
CLASSICO
Struttura dei patti e individuazione del tipo. Glossatori e ultramontani
(2001), 8°, p. IV-502
- 61 CODICI
Una riflessione di fine millennio
Atti dell'incontro di studio - Firenze, 26-28 ottobre 2000
A cura di Paolo Cappellini e Bernardo Sordi
(2002), 8°, p. VIII-604
- 62 Pietro Costa, IURISDICTION
Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)
Ristampa
(2002), 8°, p. XCVI-412
- 63 Mario Piccinini, TRA LEGGE E CONTRATTO
Una lettura di *Ancient Law* di Henry S. Maine
(2003), 8°, p. XVI-286
- 64 Arturo Carlo Jemolo, LETTERE A MARIO FALCO
Tomo I (1910-1927)
A cura di Maria Vismara Missiroli
(2005), 8°, p. XVIII-592
- 65 Ferdinando Mazzarella, NEL SEGNO DEI TEMPI
Marchi persone e cose dalla corporazione medievale all'impresa globale
(2005), 8°, p. 530
- 66 Michele Pifferi, *GENERALIA DELICTORUM*
Il *Tractatus criminalis* di Tiberio Deciani e la "Parte generale" di diritto penale
(2006), 8°, p. 468
- 67 Maria Rosa Di Simone, PERCORSI DEL DIRITTO TRA AUSTRIA E ITALIA
(SECOLI XVII-XX)
(2006), 8°, p. XII-374
- 68 Franco Cipriani, SCRITTI IN ONORE DEI PATRES
(2006), 8°, p. XIV-502

- 69 Piero Fiorelli, INTORNO ALLE PAROLE DEL DIRITTO
(2008), 8°, p. XXXII-548
- 70 Paolo Grossi, SOCIETÀ, DIRITTO, STATO
Un recupero per il diritto
(2006), 8°, p. XX-346
- 71 Irene Stolzi, L'ORDINE CORPORATIVO
Poteri organizzati e organizzazione del potere nella riflessione giuridica dell'Italia fascista
(2007), 8°, p. IV-464
- 72 Hasso Hofmann, RAPPRESENTANZA - RAPPRESENTAZIONE
Parola e concetto dall'antichità all'Ottocento
(2007), 8°, p. XL-586
- 73 Joaquín Varela Suanzes-Carpegna, GOVERNO E PARTITI NEL PENSIERO
BRITANNICO (1690-1832)
(2007), 8°, p. VIII-156
- 74 Giovanni Cazzetta, SCIENZA GIURIDICA E TRASFORMAZIONI SOCIALI
Diritto e lavoro in Italia tra Otto e Novecento
(2007), 8°, p. X-388
- 75 Manuela Mustari, IL LUNGO VIAGGIO VERSO LA "REALITÀ"
Dalla promessa di vendita al preliminare trascrivibile
(2007), 8°, p. VI-284
- 76 Carlo Fantappiè, CHIESA ROMANA E MODERNITÀ GIURIDICA
Tomo I L'edificazione del sistema canonistico (1563-1903), (2008), 8°, p. XLVI-520
Tomo II Il *Codex iuris canonici* (1917), (2008), 8°, p. IV-521-1282
- 77 Rafael D. García Pérez, ANTES LEYES QUE REYES
Cultura jurídica y constitución política en la edad moderna (Navarra, 1512-1808)
(2008), 8°, p. XII-546
- 78 Luciano Martone, DIRITTO D'OLTREMARE
Legge e ordine per le Colonie del Regno d'Italia
(2008), 8°, p. X-228
- 79 Michael Stolleis, STORIA DEL DIRITTO PUBBLICO IN GERMANIA
I. Pubblicità 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 Mazzarella, 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
- 118 Maurizio Fioravanti, LA COSTITUZIONE DEMOCRATICA
Modelli e itinerari del diritto pubblico del ventesimo secolo
(2018), 8°, p. VIII-494
- 119 Francesco Saverio Nisio, LUCIEN LÉVY-BRUHL
Filosofia, scienze sociali, giustizia
(2019), 8°, p. VIII-796

€ 85,00
024206432



Des. A. Pontecorvoli